Government of Canada
Gouvernement du Canada

Competition Bureau

ENFORCEMENT GUIDELINES ON THE ABUSE OF DOMINANCE PROVISIONS

(Sections 78 and 79 of the *Competition Act*)

Canada

COMPETITION BUREAU

101-07314

Competition Bureau

ENFORCEMENT GUIDELINES ON THE ABUSE OF DOMINANCE PROVISIONS

(Sections 78 and 79 of the *Competition Act*)

July 2001

For additional copies of this publication, or specific information on the Bureau's activities, please contact the Competition Bureau's Information Centre:

Competition Bureau
Industry Canada
50 Victoria Street
Hull QC K1A 0C9

Tel.: (819) 997-4282
Toll-free: 1-800-348-5358
TDD (for hearing impaired): 1-800-642-3844
Fax: (819) 997-0324
Fax-on-demand: (819) 997-2869

Web site: **http://competition.ic.gc.ca**
E-mail: **compbureau@ic.gc.ca**

For information specifically on the merger provisions of the *Competition Act*, including those relating to the notification of proposed transactions, please contact:

Mergers Branch
Competition Bureau
Industry Canada
50 Victoria Street
Hull QC K1A 0C9

Tel.: (819) 953-7092
Fax: (819) 953-6169

This publication can be made available in alternative formats upon request. Contact the Information Distribution Centre at the numbers listed below.

Information Distribution Centre
Communications and Marketing Branch
Industry Canada
Room 268D, West Tower
235 Queen Street
Ottawa ON K1A 0H5

Tel.: (613) 947-7466
Fax: (613) 954-6436
E-mail: **publications@ic.gc.ca**

Permission to Reproduce. Except as otherwise specifically noted, the information in this publication may be reproduced, in part or in whole and by any means, without charge or further permission from Industry Canada, provided that due diligence is exercised in ensuring the accuracy of the information reproduced; that Industry Canada is identified as the source institution; and that the reproduction is not represented as an official version of the information reproduced, nor as having been made in affiliation with, or with the endorsement of, Industry Canada.

For permission to reproduce the information in this publication for commercial redistribution, please e-mail: **Copyright.Droitsdauteur@pwgsc.gc.ca**

Cat. No. C2-566/2001
ISBN 0-662-65747-0
53377B

PRINTED IN CANADA
IMPRIMÉ AU CANADA

50% recycled material

CONTENTS

EXECUTIVE SUMMARY 1

PART 1: INTRODUCTION 5

1.1 Purpose of the Guidelines 5

1.2 Organization of the Guidelines 5

1.3 Purpose of the Abuse of Dominance Provisions 5

PART 2: INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR ENFORCEMENT 7

2.1 Investigation and Adjudication 7

2.2 The Examination/Inquiry Process 7

2.3 Disposition of Examinations/Inquiries 9

2.4 The Competition Tribunal Process 9

PART 3: THE ELEMENTS OF SUB SECTION 79(1) 10

3.1 Statutory Provision 10

3.2 The Elements 10

3.2.1 "One or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business" 10

3.2.2 "Have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts" 17

3.2.3 "The practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market" 18

3.2.4 Assessing the Impact of Anti-Competitive Acts 19

PART 4: ANTI-COMPETITIVE ACTS: SECTION 78 20

4.1 The Economics of Anti-Competitive Acts 20

4.2 Raising Rivals' Costs and Market Foreclosure 20

4.2.1 Access to Consumers — Reducing Rivals' Revenues 22

4.3 Predatory Conduct 23

4.4 Facilitating Practices 24

PART 5: REMEDIES 26

5.1 Alternative Case Resolutions 26

5.2 Orders of the Competition Tribunal 26

5.3 Limitations and Exceptions 26

5.3.1 Subsection 79(3) — "Rights of any person" 27

5.3.2 Subsection 79(4) — "Superior competitive performance" 27

5.3.3 Subsection 79(5) — "Exercise of intellectual property rights" 27

5.3.4 Subsection 79(6) — Three-Year Limitation 27

5.3.5 Subsection79(7) — Acts Where Proceedings Have Been Commenced Under Section 45 or Section 92 27

APPENDIX I: THE ABUSE OF DOMINANCE PROVISIONS OF THE *COMPETITION ACT* (SECTIONS 78 AND 79) 29

APPENDIX II: OVERVIEW OF THE ESSENTIAL ELEMENTS ESTABLISHED BY THE CASE LAW 31

APPENDIX III: EXCLUSIONARY VERTICAL SQUEEZING 33

APPENDIX IV: SUMMARY OF COMPETITION TRIBUNAL DECISIONS 37

EXECUTIVE SUMMARY

Purpose and Scope of These Guidelines

As part of the Competition Bureau's ("the Bureau's") continuing efforts to ensure a transparent and predictable enforcement policy, these guidelines provide an outline of the Bureau's approach to enforcing the abuse of dominance provisions contained in sections 78 and 79 of the *Competition Act* ("the Act").

The guidelines are organized into five parts:

Part 1 — overview of the abuse of dominance provisions;
Part 2 — institutional framework for enforcement;
Part 3 — key elements of section 79;
Part 4 — anti-competitive acts; and
Part 5 — remedies.

What Constitutes "Abuse of a Dominant Position"?

Abuse of a dominant position occurs when a dominant firm in a market, or a dominant group of firms, engages in conduct that is intended to eliminate or discipline a competitor or to deter future entry by new competitors, with the result that competition is prevented or lessened substantially. These provisions, contained in sections 78 and 79, establish the bounds of legitimate competitive behaviour and provide for corrective action when firms engage in anti-competitive activities that damage or eliminate competitors and that maintain, entrench or enhance their market power.

The Bureau's enforcement policy is to vigorously pursue cases that meet the elements of section 79. These guidelines make it clear, however, that section 79 is not intended to prohibit dominance or the presence of market power. Rather, the section seeks to address the abuse of a dominant market position to substantially prevent or lessen competition. While the ability to raise prices or maintain high prices usually indicates dominance or market power, high prices do not in themselves prohibit or constrain competition. These guidelines make it clear that in enforcing these provisions the Bureau will not attempt to tilt the playing field in favour of any particular market participant, nor will it otherwise protect competitors from the challenges of legitimate competition.

Subsection 79(1) sets out three essential elements, all of which must be found to exist by the Competition Tribunal ("the Tribunal") for it to grant an order. The Tribunal must find that:

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business;
(b) that person or these persons have engaged or are engaging in a practice of anti-competitive acts; and
(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market.

How the Bureau Establishes Dominance

The first question, then, that the Bureau must answer when examining an allegation of abuse is: Does the person or firm substantially or completely control a "class or species of business"? For the purposes of enforcing section 79, the Bureau treats the element "class or species of business" as synonymous with the relevant product market. Likewise, it approaches the element of "throughout Canada or any area thereof" as synonymous with the relevant geographic market. In defining relevant markets, the Bureau employs a standard economic approach that takes into account a variety of factors, the most important of which are the availability of close substitutes, transportation costs and customer switching costs.

The Bureau considers the element of "substantially or completely control," or "dominance" as it is commonly referred to, to be synonymous with market power. The most straightforward indication of the existence of market power is the ability to profitably raise prices above competitive levels for a considerable

period of time. It is sometimes difficult to measure market power directly. Consequently, the Bureau collects evidence and assesses a number of qualitative and quantitative factors, including technological change, recent entry into or exit from the market, industry supply capacity, and countervailing market power on the part of customers and distributors. However, the Bureau places the greatest emphasis on the key factors of market share and barriers to entry.

The objective of this analysis is to determine the extent to which a firm or group of firms is constrained from pricing above competitive levels because of the presence of effective competition or the likelihood of competitive entry. In the case of entry barriers, the Bureau will assess not only whether entry is possible or likely, but also the time period required for an entrant to become a viable and effective competitor.

All other things being equal, the higher the market share held by a firm or group of firms acting together, the greater the likelihood they will possess market power. Given that the attempted exercise of market power may be mitigated by other factors, and that the dispersion of market shares among other competitors may be significant, there is not always a direct correlation between market share and dominance. However, the Bureau's general approach in evaluating allegations of abuse of dominance is as follows.

- A market share of less than 35 percent will generally not give rise to concerns of market power or dominance.
- A market share of 35 percent or more will generally prompt further examination.
- In the case of a group of firms alleged to be jointly dominant, a combined market share equal to or exceeding 60 percent will generally prompt further examination.

The reference to "one or more persons" in section 79 contemplates a situation where a group of firms, none of which on its own is dominant, may collectively possess market power. In assessing cases where joint dominance is alleged, the Bureau will consider:

(a) whether the group of firms collectively accounts for a large share of the relevant market;
(b) whether there is coordinated behaviour and whether such behaviour is anti-competitive;
(c) barriers to entry into the group, as well as barriers to entry into the relevant market;
(d) whether actions have been taken by members of the group to inhibit intra-group rivalry; and
(e) whether customers can exercise countervailing market power to offset the attempted abuse.

"Practice of Anti-Competitive Acts"

Having defined a relevant product and geographic market, and determined sufficient conditions to give rise to a finding of dominance, the Bureau must establish as the second element required under section 79 that the firm or firms in question have engaged in a "practice of anti-competitive acts." The word "practice" normally denotes more than an isolated act. Within the meaning of section 79 and as reflected in the jurisprudence, a "practice" can encompass one occurrence that is sustained or systematic over a period of time, or a number of different acts taken together that have the effect of substantially preventing or lessening competition.

Section 78 provides a descriptive list of potentially anti-competitive acts. None of these acts, in and of itself, necessarily constitutes an abuse of dominance. Accordingly, for an act to be considered anti-competitive, there must be some element of anti-competitive design, purpose or object that is predatory, exclusionary or disciplinary.

The anti-competitive acts listed in section 78 are:

(a) margin squeezing by a vertically integrated supplier against a customer-competitor;
(b) acquisition by a supplier of a customer for the purpose of foreclosing a competitor;
(c) freight equalization on a competitor's plant to impede or eliminate competition;
(d) selective use of fighting brands to discipline or eliminate a competitor;

(e) pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor;
(f) buying up of products to prevent price erosion;
(g) adoption of incompatible specifications to prevent entry or eliminate a competitor;
(h) pressure on suppliers to sell only or primarily to certain customers;
(i) sale of articles below acquisition costs to discipline or eliminate a competitor;
(j) certain acts or conduct of a person operating a domestic air service; and
(k) denial of access to or refusal to supply on reasonable commercial terms, by a person operating a domestic air service, facilities or services that are essential to the operation in a market of an air service.[1]

The list of anti-competitive acts in section 78 is not exhaustive. In a number of cases, the Bureau has alleged, and the Tribunal has accepted, that practices not included in section 78 constituted anti-competitive acts that can be addressed under section 79. For example, contractual arrangements between suppliers and customers have been found to create exclusivity that forecloses market access to competitors. In addition to the discussion of anti-competitive acts that appears in Part 4 of these guidelines, Appendix III deals specifically with anti-competitive margin squeezing by vertically integrated suppliers.

The jurisprudence under section 79 has held that the element of anti-competitive intent or purpose can be established either with direct evidence or by inference, based on the likely effect of a practice on competition in the particular circumstances of a case.

Unlike the merger provisions of the Act, section 79 does not provide for an explicit efficiency defence in assessing acts that are considered to be anti-competitive, but that may enhance efficiency. Accordingly, where a practice of anti-competitive acts has been determined to meet the threshold of substantially lessening or preventing competition, the Bureau will attempt to resolve the competition issue with the party. If this is not possible, the Bureau will bring the matter before the Tribunal.

The Test of Substantial Prevention or Lessening of Competition

The meaning of "preventing or lessening competition substantially" is established in case law. The question is whether the anti-competitive acts engaged in by a firm or group of firms serve to preserve, entrench or enhance their market power. Focus is placed squarely on competition, rather than on individual competitors. In any given case, the degree of dominance, the nature and severity of the anti-competitive acts, and the degree of competition remaining in the market will all form part of the determination.

The Institutional Framework for Enforcement

The role of the Bureau is to carry out inquiries under the Act having regard to the public interest in competition. Under the Act, the Bureau does not have the authority to directly compel change in business behaviour. In order to do so, it must apply to the Tribunal and assume the role of litigant. In the case of section 79, the Bureau must provide evidence to satisfy the Tribunal that all of the elements of the section are met and that a remedial order is warranted.

During the course of an inquiry, the Bureau will usually present the parties with its concerns as to any contravention of the section. Parties whose conduct is the subject of inquiry are at liberty to propose an alternative means of dealing with the Bureau's competition concerns that does not require an application to the Tribunal.

Where the Bureau has grounds for an application to the Tribunal, a number of options are available. The Bureau may litigate a contested application.

1. On July 5, 2000, amendments to the *Competition Act* related to the airline industry came into force; on August 23, 2000, new airline regulations also came into effect. On February 8, 2001, the Bureau released for consultation its draft *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance in the Airline Industry*.

Alternatively, cases may be resolved on a consent order basis, where the firm or firms whose conduct is in question and the Bureau agree on a remedy to be submitted to the Tribunal for its approval.

Remedies

The abuse of dominance provisions grant broad powers of remedy to the Tribunal. Where the Tribunal finds that the elements of section 79 are met, it may make an order prohibiting a respondent firm or firms from engaging in the practice of anti-competitive acts. In addition, or alternatively, if the Tribunal concludes that a prohibition order may not be adequate to restore competition, it may make an order directing any such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and necessary to overcome the effects of the practice of anti-competitive acts.

Although the Tribunal has wide latitude to impose remedies under section 79, the section also contains a number of limitations, exceptions and clarifications with respect to orders of the Tribunal and applications by the Commissioner of Competition.

Conclusion

The Tribunal has, to date, rendered six decisions under the abuse of dominance provisions. These decisions provide jurisprudence on most of the key elements of section 79. However, there remain some areas, such as joint dominance and vertical squeezing, on which little or no jurisprudence exists.

Accordingly, the Bureau's approach in preparing these guidelines has been to both reflect the jurisprudence established under section 79 and to articulate the Bureau's enforcement position on aspects of the abuse of dominance provisions where there is no jurisprudence.

However, this document cannot provide guidance for every situation, and the circumstances of each case will ultimately determine how the Bureau will exercise its enforcement discretion. Pursuant to its Program of Advisory Opinions, the Bureau has historically provided its views on proposed actions by businesses. Consequently, anyone can seek advice on whether or not a proposed course of action would raise an issue under the Act.

For further information, please contact the Bureau at the address and telephone numbers listed below.

Information Centre
Competition Bureau
Industry Canada
50 Victoria Street
Hull QC K1A 0C9

Tel.: (819) 997-4282
Toll-free: 1-800-348-5358
TDD (for hearing impaired): 1-800-642-3844

Fax: (819) 997-0324
Fax-on-demand: (819) 997-2869

Web site: **http://competition.ic.gc.ca**
E-mail: **compbureau@ic.gc.ca**

PART 1: INTRODUCTION

1.1 Purpose of the Guidelines

The provisions of the *Competition Act* ("the Act") dealing with abuse of a dominant market position are, together with merger review and criminal conspiracy prohibitions, the cornerstones of Canadian competition policy legislation. These guidelines are intended to help the general public, business people, and their legal and economic advisors to better understand the intent of the abuse of dominance provisions and the general approach taken by the Competition Bureau ("the Bureau") to enforce these provisions.

Since these provisions came into effect in 1986, there have been a number of decisions by the Competition Tribunal ("the Tribunal"). As a result, there is a body of jurisprudence from the Tribunal on the key elements of the abuse of dominance provisions. However, there remain certain aspects of the law that the Tribunal has not yet had an opportunity to address in any of its decisions. The Bureau has therefore developed an enforcement approach for those aspects of the provisions where there is no jurisprudence available.

1.2 Organization of the Guidelines

These guidelines are organized into five parts and four appendixes as follows:

- Part 1 provides an introduction and an overview of the evolution of the abuse of dominance provisions.
- Part 2 sets out the institutional framework for enforcement of the provisions.
- Part 3 draws on the jurisprudence of the Tribunal to provide a detailed discussion of the key elements of section 79.
- Part 4 discusses the anti-competitive acts as set out in section 78.
- Part 5 deals with remedies available to the Tribunal under section 79.
- Appendix I contains the text of sections 78 and 79 and of other sections of the Act dealing with abuse of a dominant market position.
- Appendix II provides an overview of the essential elements established in the case law.
- Appendix III discusses the Bureau's approach to dealing with allegations of abuse of dominance in industries characterized by vertical integration and dual distribution.
- Appendix IV provides a brief summary of the cases that have been decided by the Tribunal.

1.3 Purpose of the Abuse of Dominance Provisions

The enactment of the Act in 1986 marked a significant change in the legislative treatment of monopolies and dominant firms. Prior to 1986, the *Combines Investigation Act* defined "monopoly" as a party or parties who substantially controlled a class or species of business and operated to the detriment or against the interest of the public. The *Combines Investigation Act* then created a "criminal offence of monopoly," as it was defined in the legislation. No legislative guidance on the issue of detriment was provided. Without such guidance, establishing proof of detriment to a criminal standard of reasonable doubt was exceedingly difficult. Over time, it became clear that dealing with the issue of abusive exercise of market power under criminal law was inappropriate.

The 1986 legislation moved the review of the activities of dominant firms and monopolies into the realm of civil law. Section 79 also clarified Parliament's intent that simply being

a dominant firm or even a monopoly, with the associated market power, is not in and of itself sufficient to warrant competition law intervention. Charging higher prices to customers, or offering lower levels of service and choice, than would be expected in a more competitive market does not in and of itself constitute an abuse of a dominant position.

Rather, the Tribunal has determined that an abuse occurs when a dominant firm or group of firms engages in conduct that constitutes exclusionary, disciplinary or predatory behaviour towards competitors or potential competitors, with the result that competition is prevented or lessened substantially.[2] This distinction is critical, as it is clear that the objective is to preserve competition within markets rather than to provide an umbrella of protection for individual competitors.

The objective of the abuse of dominance provisions is to create a market framework within which all firms have an opportunity to either succeed or fail on the basis of their ability to compete. Providing such a framework, however, does not mean establishing equality among competitors. Rather, the objective of the abuse provisions is to promote effective competition and not the interests of any one competitor or group of competitors. The provisions are not intended to be used to attempt to tilt the playing field in favour of market participants who, for example, lack the ability to compete with more efficient or better-managed rivals.

Competition policy exists to encourage competition rather than to penalize efficient, well-managed firms that engage in aggressive but legitimate competitive behaviour. In all markets some businesses will be better positioned than others to compete. Some may have superior products, more efficient distribution methods or greater marketing expertise. Firms may also employ different competitive strategies, including varying degrees of vertical integration. It is part of the normal competitive process that some firms will succeed while others will fail. The abuse provisions establish the bounds of competitive behaviour for dominant firms and provide for corrective action where such firms go beyond legitimate competitive behaviour in order to damage or eliminate competitors so as to maintain, entrench or enhance their market power.

To reach a determination regarding any alleged breach of the abuse of dominance provisions, the circumstances of the industry and the particular facts of each case must be investigated and carefully analysed. For example, anti-competitive acts employed by a firm with a relatively low market share in an industry with low or minimal barriers to entry would be unlikely to trigger an inquiry, or much less an application to the Tribunal. However, identical anti-competitive acts engaged in by a firm with a large share of the market in an industry with significant entry constraints could well trigger enforcement action by the Bureau. Therefore, in considering whether particular business conduct breaches the abuse of dominance provisions, it is necessary to evaluate the practices in question in the context of the structural and other characteristics specific to the market. In light of this, it is not possible in these guidelines to set hard and fast rules for all situations as to what would constitute an abuse of dominance. Nevertheless, the Bureau believes that, by drawing upon the existing jurisprudence and on the Bureau's experience in enforcing the abuse of dominance provisions, these guidelines will play a role in enhancing compliance with the Act and will further clarify how the Bureau will enforce the provisions.

2. *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* [1990], 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) [hereinafter *NutraSweet*].

PART 2: INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR ENFORCEMENT

2.1 Investigation and Adjudication

The *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act*[3] create a clear separation between the functions of investigation and adjudication. The Commissioner of Competition[4] is responsible for inquiries under the Act and is provided with significant powers with which to carry them out.[5] The Competition Tribunal is responsible for adjudication of the civil provisions of the Act, including the abuse of dominance provisions.[6]

Only the Commissioner can make an application to the Tribunal for a remedial order. Likewise, the Tribunal can consider an issue under the Act only when it has received an application from the Commissioner. When an application has been filed with the Tribunal, the burden of proof is on the Commissioner to satisfy the Tribunal that all of the elements of section 79 are met and that an order of the Tribunal should be granted.[7] In other words, the Commissioner cannot directly compel change in business behaviour. The Commissioner must take on the role of litigant before the Tribunal and must produce evidence and prove that there are grounds for the making of an order.

2.2 The Examination/Inquiry Process

It is the duty of the Bureau to carry out inquiries on an impartial basis, having regard to the public interest in competition, as opposed to the effects on the private interests of market participants. Some complainants have misconstrued the purpose of the abuse of dominance provisions and attempted to seek protection from the impacts of legitimate market competition, or have otherwise attempted to assure their firm of a profitable position in the market. As indicated in Section 1.3 of these guidelines, this is not what the section is intended to accomplish. The Bureau pursues those complaints that meet the elements of the section and that raise a substantive issue of prevention or lessening of competition.

An application by the Commissioner to the Tribunal is preceded by an investigation or inquiry by the Bureau. Examinations under the Act typically begin with the receipt of a complaint. In abuse of dominance cases, complaints may be received from firms alleging that competitors' activities are inhibiting their ability to enter or compete in a market.

On receiving a complaint, the Bureau undertakes a preliminary examination to establish a factual basis to determine (i) whether there is a possible issue under the Act; (ii) whether grounds exist to pursue a formal inquiry under

3. Both of these statutes came into force in June 1986.
4. Known prior to the amendments to the *Competition Act* in March 1999 as the Director of Investigation and Research.
5. The Commissioner of Competition is appointed by the Governor in Council and, as head of the Competition Bureau, is responsible for administering and enforcing the *Competition Act*.
6. The Competition Tribunal is composed of judges of the Federal Court of Canada Trial Division, one of whom is Chair of the Tribunal, as well as lay members with expertise in the fields of business and economics.
7. The standard of proof required under the civil reviewable matters is "on a balance of probabilities."

the Act; and (iii) under which provisions of the Act the inquiry should proceed. The Commissioner orders an inquiry where he or she has reason to believe that grounds exist under Part VIII of the Act, which contains the abuse of dominance provisions. Once the inquiry has begun, formal powers of investigation may be used.[8]

Often, allegations of abuse of dominance can also be examined under other more specific civil and criminal provisions. The Commissioner's inquiries can be broad enough to consider possible contravention of the Act under a number of sections.[9] A final determination of which sections of the Act the Commissioner will proceed with will depend on the specific facts of the case. It should be noted, however, that a key feature of the abuse of dominance provisions is the breadth of possible remedies that can be obtained through an order by the Tribunal.

By using formal powers of investigation, the Commissioner may seek the authorization of the court to compel persons to provide the information required to complete the inquiry. Section 11 of the Act allows the Commissioner to obtain authorization from the court to compel the production of documents, written returns of information, and/or attendance of persons for an oral examination under oath. Section 15 provides for the search of premises and the seizure of evidence.

In the course of its inquiries, the Bureau will pursue various avenues of investigation to obtain all relevant information. This normally includes information in the possession of complainants, third party market participants, and the firm or firms that are the subject of the inquiry. This information is carefully analysed within the legal and economic framework of the legislation. Frequently, the Bureau will obtain specialized legal and economic advice or industry-specific expertise as part of its case assessment process. Where the evidence discloses that the Bureau has grounds for an application to the Tribunal, parties against whom an order would be sought are provided with a full opportunity to present information to the Bureau or to indicate what, if any, measures they may be prepared to undertake to address the competition concerns.

The inquiry process is governed by a number of safeguards, checks and balances. Subsection 10(3) of the Act requires that all inquiries be conducted in private. In addition, the Commissioner can only exercise formal powers of investigation by obtaining the prior authority of the courts to do so. The need to follow due process, the complexity of the issues, the volume of information and the degree of analysis required by the Bureau to make proper decisions on the disposition of inquiries combine to make the inquiry process both time-consuming and resource-intensive.

8. In addition to the authority of the Commissioner to commence an inquiry, section 9 of the *Competition Act* provides that six Canadian residents may apply to the Commissioner for an inquiry. Further, section 10 provides for the Minister of Industry to direct the Commissioner to cause an inquiry to be made. However, the vast majority of inquiries under the *Competition Act* are initiated by the Commissioner where a complaint and preliminary examination provide the requisite "reasonable grounds to believe" that a breach of the Act has occurred.
9. For example, an allegation of abuse may involve predatory conduct (also covered under subsection 50(1) of the criminal provisions); the refusal to supply a customer, which can be dealt with under section 75 or section 61; or exclusive dealing, which, along with market restrictions and tied selling, can be dealt with under section 77.

2.3 Disposition of Examinations/Inquiries

The final disposition of an examination or an inquiry depends upon whether or not the evidence establishes that the elements of subsection 79(1) are present. If the Commissioner concludes that the evidence does not establish the elements of 79(1), the inquiry is discontinued. The Commissioner then produces a formal report for the Minister of Industry, indicating the information obtained and the reason for the discontinuance.[10] Following this, the target of the examination as well as the complainant(s) are notified in writing of the status of the inquiry. Where the Commissioner has grounds to do so, an application can be made to the Tribunal. Part 5 of these guidelines discusses the remedies available under section 79, as well as alternative approaches to resolving competition concerns without resorting to litigation before the Tribunal.

2.4 The Competition Tribunal Process

Where the Commissioner concludes that grounds exist for an application to the Tribunal for a remedial order, an application may be filed on a consent basis.[11] This happens only when the respondent and the Commissioner agree to submit to the Tribunal a proposed remedy to address the competition problem. Where an agreement on a consent order has not been reached with the respondent, the Commissioner will file an application with the Tribunal. Whether cases come before the Tribunal on a consent or contested basis, the rules of the Tribunal provide for an open public hearing process in which affected third parties can apply for intervener status. Proceedings are governed by the Competition Tribunal Rules, which include procedures for the appearance of witnesses as well as the production of documentary evidence.

10. Section 22 governs discontinuances. In the case of inquiries commenced as a result of an application under section 9, the Commissioner is required to inform the "six resident applicants" of the discontinuance and the reasons for it.

11. Section 105 gives the Competition Tribunal the discretion to grant an order agreed to by the Commissioner and respondent firms without hearing the full evidence as it would in a contested proceeding. In proceedings commenced on a consent basis, the Tribunal will grant the remedial order only if it is satisfied that the order is adequate to alleviate the substantial lessening of competition alleged by the Commissioner.

PART 3: THE ELEMENTS OF SUBSECTION 79(1)

3.1 Statutory Provision

Subsection 79(1) of the Act provides:

> Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that
>
> (a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
> (b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
> (c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

Thus, section 79 sets out the three essential elements. Paragraph 79(1)(*a*) clearly focusses the provisions on market power — the concern that a firm or group of firms may be able to enhance or entrench its market power. The Bureau considers market power to be the ability to profitably maintain prices above competitive levels (or similarly restrict non-price dimensions of competition) for a significant period of time, normally one year. The law does not imply that the mere existence of market power will give rise to grounds for a remedial order by the Tribunal. A dominant position from which a firm charges prices above the competitive level is not by itself grounds for an application under section 79. The abuse of dominance provisions are not intended to regulate prices, but rather to ensure that anti-competitive conduct is properly addressed.

Paragraph 79(1)(*b*) further qualifies that the provisions refer to behaviour that is anti-competitive. It is the abuse of a dominant position that gives rise to scrutiny under the Act. Examples of business practices that constitute anti-competitive acts are listed in section 78. The list, although broad, is non-exhaustive. Accordingly, the Tribunal has the latitude to address anti-competitive acts not defined in section 78 and has done so in a number of cases. In order to help differentiate between legitimate competitive activity and that which constitutes abuse within the meaning of section 79, the practices listed in section 78 all involve an element of purpose, object or design to undermine competition. Part 4 of this document provides more detail on these anti-competitive acts.

Finally, paragraph 79(1)(*c*) imposes a requirement of proof that the business conduct has had, is having or is likely to have the effect of "preventing or lessening competition substantially." This places the focus squarely on adverse effects on competition, rather than on individual competitors.

3.2 The Elements

3.2.1 "One or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business"

This paragraph of the Act contains a number of elements that need to be separately clarified: (i) the existence of a class or species of business in Canada or any area thereof; (ii) the meaning of "control"; and (iii) the meaning of "one or more persons."

3.2.1(a) "Class or species of business" — Product Market Definition

A precondition for assessing market power is identifying existing competitors that are likely to constrain the ability of the firm or firms to profitably raise prices or otherwise restrict competition. The 1986 provisions adopted the term "class or species of business" rather than the term "market" in the context of the control element. The Bureau approach is to consider defining a "class or species of business" as synonymous with defining a relevant product.[12] The analysis begins by examining the product market(s) within which the alleged abuse of dominance has occurred or is occurring. As in other areas of competition law, the examination then turns to determining whether competition from other product sources limits the ability of the firm(s) in question to exercise market power. The analysis focusses on whether there are close substitutes for the product(s) in question, such that buyers would turn to these substitutes in the event that the product price was raised above competitive levels by a significant amount for a non-transitory period of time. In general, a 5 percent real price increase above competitive levels lasting one year is considered a significant and non-transitory amount.[13]

This approach was accepted by the Tribunal in *Laidlaw*,[14] and later in *Nielsen*,[15] where the Tribunal set its basic approach to product market definition:

> Direct evidence of switching behaviour in response to small changes in relative price would provide proof of substitutability. Where price and quantity changes are not in evidence, as was true in the instant case, it is necessary to answer the question less directly by examining the evidence of both buyers and suppliers regarding the characteristics, the intended use and the price of [the product market in question].[16]

Price increases are not the only indicator used to define product markets.[17] The Bureau also looks at many qualitative factors when determining the appropriate product and geographic market definition under the abuse of dominance provisions. These include:

- **The views, strategies, behaviour and identity of buyers**. Whether buyers have substituted between products in the past and whether they plan on doing so in the future can indicate whether a price increase is sustainable.
- **Trade views, strategies and behaviour**. Third parties who know the industry in question may provide helpful information regarding past and likely future developments that help to define the relevant market.
- **End use**. Functional interchangeability is generally a necessary, but not a sufficient, condition that must be met for two products to warrant inclusion in the same relevant market.
- **Physical and technical characteristics**. In general, the greater the value that buyers place on the actual or perceived unique physical or technical characteristics of a product, the more likely it is that the product will be found to be in a distinct relevant market.

---

12. In *NutraSweet* the Tribunal concluded that delineating a "class or species of business" is equivalent to defining a relevant product market.
13. This is consistent with the approach to defining markets outlined in the Bureau's *Merger Enforcement Guidelines*.
14. *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* [1992], 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.) [hereinafter *Laidlaw*].
15. *Canada (Director of Investigation and Research) v. The D&B Companies of Canada Ltd.* [1995], 64 C.P.R. (3d) 216 (Comp. Trib.)[hereinafter *Nielsen*].
16. *Nielsen, ibid.* at 241.
17. A variety of quantitative techniques is available, including price correlation analysis, price elasticity analysis and diversion ratio analysis.

- **Switching costs**. The extent to which the transaction costs that buyers would have to incur in order to retool, repackage, adapt their marketing, breach a supply contract, learn new procedures and so forth may be sufficient to make switching an unlikely response to a significant and non-transitory price increase.
- **Price relationships and relative price levels**. The absence of a strong correlation in price movements between two products over a significant period of time generally suggests that the products are not in the same relevant market. Similarly, if the prices of one firm have historically constrained the price movements of another, this is an indication that the two firms' products compete in the same market.

3.2.1(b) "Throughout Canada or any area thereof" — Geographic Market Definition

An analysis of the universe of existing competition also has a geographic dimension. The Bureau considers the determination of "throughout Canada or any area thereof" as equivalent to defining the relevant geographic market.[18] This is consistent with the jurisprudence.[19]

In addition to drawing on some of the available quantitative techniques used in product market definition, the Bureau also considers certain qualitative factors when determining geographic market definition under the abuse of dominance provisions:

- **The views, strategies, behaviour and identity of buyers.** Considerations relating to convenience or the particular characteristics of the product (e.g. fragility, perishability) may influence a buyer's choice of supplier in the event of prices rising above competitive levels.
- **Trade views, strategies and behaviour**. Third parties who know the industry in question may provide helpful information regarding past and likely future industry developments that help to define the relevant market.
- **Switching costs.** The extent to which the transaction costs that buyers would have to incur in order to retool, repackage, adapt their marketing, breach a supply contract, learn new procedures and so forth may be sufficient to make switching an unlikely response to a significant and non-transitory price increase.
- **Transportation costs**. In general, where prices in a distant area have historically been higher than prices in the relevant geographic area by an amount that exceeds the transportation costs, this is usually an indication that the distant area is in a separate relevant market. However, this may not be conclusive, because the postulated significant and non-transitory price increase above competitive levels may elevate prices to a level above the distant price plus transportation costs. Where it is profitable for distant sellers to ship the product into the relevant market, it is generally assumed that the supplier would likely do so.
- **Price relationships and relative price levels**. The absence of a strong correlation in price movements between two geographic areas over a significant period of time generally suggests that the areas are not in the same relevant market. Similarly, if the prices of distant sellers have historically constrained the price movements of local sellers, this

18. Despite the reference to "throughout Canada or any area thereof," the relevant geographic market, from an antitrust perspective, may include territory outside of Canada.

19. In *NutraSweet*, the Tribunal stated that the relevant geographic market encompassed "an area [that] is sufficiently isolated from price pressures emanating from other areas so that its unique characteristics can result in prices differing significantly for any period of time from those in other areas." See *supra* note 2 at 20-21.

indicates that the distant and local sellers compete in the same market.

- **Shipment patterns**. Significant shipments from one region to another generally suggest that the two regions are in the same geographic market. However, past trading patterns can be a poor indicator of the extent to which sellers in one area constrain sellers in another area, particularly where there is an absence of shipping.
- **Foreign competition**. While the above-noted principles apply equally to domestic and international sources of competition, there may be other considerations when examining the influence of foreign-based suppliers, including tariffs, quotas, regulations, antidumping complaints or duties, government procurement policies, intellectual property laws, exchange rate fluctuations, and international product standardization.

3.2.1(c) The Cellophane Fallacy

In defining both product and geographic markets in the context of allegations of an abuse of dominance, the Bureau will assess the extent to which prices would likely be lower than prevailing prices in the absence of the alleged anti-competitive acts. This means that the current price may not be the appropriate tool to use in defining the relevant market in which the alleged dominant firm competes. It is possible that some products that appear to be in the market would not be included in the market at price levels that would have existed in the absence of the anti-competitive practices. To include these products in a market definition would effectively overstate the product market from an antitrust perspective. This is because these products do not discipline the market but rather enter the market only at price levels that are higher than normal competitive levels. A similar situation occurs in defining the geographic parameters of the market. If the market is defined in terms of price levels reflecting a dominant player, the geographic parameters of the market will be overstated, as they will include areas that could not be included if competitive price levels prevailed. This problem, associated with measuring markets where it is alleged that dominance prevails, was first identified in the context of a case in the United States involving the producers of cellophane. As a result, it is referred to as the "cellophane fallacy."

Recognizing that market power exists, the Bureau will define the parameters of the product and geographic markets by first estimating what the approximate price level for the product would be in the absence of the alleged anti-competitive practices. With this estimate, the relevant markets can be defined more accurately.

3.2.1(d) "Substantially or completely control" — Market Power

Once the universe of existing competitors is delineated, it is necessary to assess the extent to which these rivals constrain any market power that the dominant firm(s) might otherwise possess. The Bureau considers control to be synonymous with market power, where market power is the ability to profitably set prices above competitive levels for a considerable period of time.[20] Market power may also be defined with respect to a material, non-transitory reduction in other factors of competition such as service, quality, variety, advertising and innovation. For ease of reference, market power is referred to here with respect to price increases but should be understood to also include non-price factors of competition. The Bureau normally regards a "considerable" period of time for the purposes

20. This approach was adopted by the Tribunal in *NutraSweet*, *supra* note 2, *Laidlaw*, *supra* note 14, and *Nielsen*, *supra* note 15.

of establishing market power to be one year. This does not mean that the Bureau will not pursue an abuse of dominance case where the exercise of market power has been in place for less than one year. In such instances, there is an analysis of the likelihood that this exercise of market power would continue if the Bureau did not intervene.

The Bureau recognizes that it is difficult to measure market power directly; consequently, a number of indicators — both qualitative and quantitative — of market power are normally relied upon. These indicators include, but are not necessarily limited to, the following:

- market share, including share stability and distribution;
- barriers to entry, including the conduct allegedly engaged in by the dominant firm(s); and
- other market characteristics, including extent of technological change, extent of excess capacity, and customer or supplier countervailing power.

Market Share

The case law indicates that one of the most important factors of market power, along with barriers to entry, is market share.[21] There is not, however, a definitive numeric market share that implies that a firm has market power. The Bureau has adopted the view that high market share is usually a necessary, but not sufficient, condition to establish market power.

With the focus on control by a single firm or group of firms, the purpose of the market power analysis is to measure the extent to which existing competitors (identified in the market definition exercise described previously) and/or potential competitors (discussed in the following section on entry barriers) or any other relevant factors (such as countervailing customer power) are likely to constrain any exercise of market power. When evaluating joint control, the analysis must consider the factors surrounding the scope and the nature of the coordination of the group of firms that jointly controls the market.

All other things being equal, the larger the share of the market held by remaining competitors, the less likely it is that the firm or group of firms in question would have been, or would be, able to exercise market power. Where remaining competitors have a large market presence, customers could pursue several competitive alternatives if a firm or group of firms attempts to increase price. Defection of a significant fraction of a firm's customer base may be enough to make an increase in price above competitive levels unprofitable.[22]

In the contested abuse of dominance cases heard to date,[23] the market shares of the dominant firms were very high, suggesting that in these instances customers had few alternatives to choose from in the event that the dominant firm increased price above competitive levels or otherwise substantially lessened competition.[24] In *Tele-Direct*, the Tribunal

21. In *NutraSweet*, *supra* note 2 at 28, the Tribunal states: "While this [the ability to set prices above the competitive level] is a valid conceptual approach, it is not one that can readily be applied; one must ordinarily look to indicators of market power such as market share and entry barriers. The specific factors that need to be considered in evaluating control will vary from case to case."
22. The ability to defect may be mitigated by the speed and ease with which rival firms are able to accommodate increased demand for their products as the market price increases.
23. The cases are *NutraSweet*, *supra* note 2; *Laidlaw*, *supra* note 14; *Nielsen*, *supra* note 15; and *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* [1997], 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) [hereinafter *Tele-Direct*].
24. NutraSweet supplied 95 percent of the aspartame market in Canada. Laidlaw was found to have market shares between 87 percent and 100 percent in various commercial waste collection markets. Nielsen had a 100 percent share of the market for scanner-based market tracking services, providing a prima facie finding of market power, or control, that required evidence of the absence of barriers to entry for rebuttal.

stated that it would require evidence of "extenuating circumstances, in general, ease of entry" to overcome a prima facie determination of control based on market shares of 80 percent and higher in local telephone directory advertising markets. In *Laidlaw*, the Tribunal observed that a market share of less than 50 percent would not give rise to a prima facie finding of dominance, but this does not imply that market power could never be found below 50 percent.

The Bureau considers that a market share of less than 35 percent will normally not give rise to concerns that a firm has engaged, or is engaging in, a practice of anti-competitive acts that is preventing or lessening competition substantially in a market. If a firm has a 35 percent or higher market share, the Bureau will normally continue its investigation.

The two cases involving joint dominance[25] were dealt with under consent orders where the element of joint dominance was taken as a given. As a guide, the Bureau will continue its examination when the combined market share of the group of firms alleged to be jointly dominant is equal to or exceeds 60 percent.

In addition to the dominant firm's market share, the distribution of the remaining market across competitors is also relevant. Other things being equal, a firm's likelihood of being able to sustain prices above competitive levels increases with its market share, and as the disparity between its market share and the market shares of its competitors increases. Consider the position of a single firm that holds 55 percent of a relevant market. That firm's ability to exercise market power may be at a certain level when it faces one competitor with a 45 percent market share, but at a very different level when facing a disparate group of smaller rivals, no one of which has a share larger than 10 percent.

In summary, the Bureau's general approach with regard to market share is as follows:

- A market share of less than 35 percent will generally not give rise to concerns of market power or dominance.
- A market share of 35 percent or more will generally prompt further examination.
- In the case of a group of firms alleged to be jointly dominant, a combined market share of 60 percent or more will generally prompt further examination.

Barriers to Entry

As noted above, high market share is not in itself sufficient to prove market power. Without barriers to entry, any attempt by a firm with high market share to exercise market power is likely to be met with entry or expansion of existing firms such that the firm with the high market share loses enough customers to its rivals that it is not profitable to attempt to raise prices above competitive levels. In general, entry is likely to be prevented by the presence of absolute cost differences between the incumbent and the entrant, or the need to make investments that are not likely to be recovered if entry is unsuccessful. These investments are referred to as "sunk costs." As the Tribunal noted in *Laidlaw*, the term "barriers to entry" carries with it the connotation of sustainability.[26] An entrant must not only be able to enter, but be able to become a viable competitor.

25. *Canada (Director of Investigation and Research) v. Bank of Montreal* [1996], 68 C.P.R. (3d) 527 (Comp. Trib.) [hereinafter *Interac*] and *Canada (Director of Investigation and Research) v. AGT Director Ltd. et al.* [1994], C.C.T.D. No. 24 Trib. Dec. No CT9402/19 [hereinafter CANYPS].
26. *Laidlaw*, *supra* note 14 at 74.

As the market shares of the dominant firm(s) rise, the jurisprudence articulates a relationship between market shares and the standard of proof that will be used in assessing barriers to entry. The Tribunal notes this in both *Nielsen* and *Tele-Direct*. In *Tele-Direct*, where market shares were 80 percent or higher, the Tribunal stated that it would require evidence of "extenuating circumstances, in general, ease of entry" to overcome a prima facie determination of control.[27]

Let us consider some examples of the issues of entry analysis examined in past Tribunal cases. In *NutraSweet*, the Tribunal found that barriers to entry into the aspartame market were high because of process patents associated with producing aspartame held by incumbents (the patent for aspartame has now expired in Canada), significant economies of scale and sunk costs, and a long start-up time of about two years. In *Laidlaw*, the Tribunal found that barriers to entry into the commercial waste collection industry were not generally high; however, Laidlaw's various contracting practices had the effect of raising barriers to entry. In *Tele-Direct*, the Tribunal concluded that barriers to entry — aside from targeted "niche" entry — to the telephone directory market were significant, given the requirement of significant sunk costs and the reputation of the incumbent, as well as the incumbent's affiliation with telephone companies.

3.2.1(e) "One or more persons" — Joint Dominance

The wording of the Act clearly contemplates cases where a group of unaffiliated firms may possess market power even if no single member of the group is dominant by itself. In joint dominance cases, there are three sources of competition that can defeat the profitability of a price increase. These are competition from existing rivals outside the allegedly jointly dominant group; competition from potential rivals (i.e. entrants) outside the allegedly jointly dominant group; and competition from within the allegedly jointly dominant group. Given this, an additional element of proof is necessary to establish control, or market power, by more than one firm, as compared to the case of a single dominant firm.

The jurisprudence provides only limited insights into the additional evidence necessary to establish control by a group of firms. To date, there have been only two cases involving joint dominance under the Act.[28] In both instances, the fact that joint dominance existed was taken as a given and was supported by an explicit agreement.

A group of firms that collectively possesses market power may be able to coordinate its actions in a manner that allows the market price to be profitably increased above the non-coordinated price levels without the firms entering into an explicit agreement. Firms within an oligopoly normally base their decisions on how their rivals have behaved in the past. In addition, firms recognize that their current decisions may affect their rivals' future reactions. The fact that firms recognize these interactions over a longer time period results in competitive response strategies becoming more complex. It is possible for firms to act in a "consciously parallel" fashion, thereby achieving higher profits than would be the case in a competitive environment.

27. *Tele-Direct*, *supra* note 23 at 83.
28. *Interac* and CANYPS, *supra* note 25.

The jurisprudence in respect of the criminal conspiracy provisions is clear in not condemning "conscious parallelism."[29] The Bureau has adopted a similar position with respect to the abuse provisions, recognizing that something more than mere conscious parallelism must exist before the Bureau can reach a conclusion that firms are participating in some form of coordinated activities.

The ability of a group of firms to coordinate actions without entering into an explicit agreement can be addressed under the abuse provisions. To infer control by a group of firms, the Bureau will consider the following:

(a) whether the group of firms collectively accounts for a large share of the relevant market;
(b) any evidence that the alleged coordinated behaviour is intended to increase price or is for the purpose of engaging in some form of anti-competitive act;
(c) any evidence of barriers to entry into the group, or barriers to entrants into the relevant market;
(d) any evidence based on the particular facts of the case that members of the group have acted to inhibit intra-group rivalry;[30] and
(e) any evidence that a significant number of customers cannot exercise countervailing power to offset the attempted abuse.

3.2.2 "Have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts"

The second element of the abuse of dominance provisions examines whether "that person or those persons have engaged in or are engaged in a practice of anti-competitive acts." As noted above, the law does not imply that the mere existence of market power will give rise to grounds for a remedial order by the Tribunal. Paragraph 79(1)(c) provides that substantial or complete control (assuming it has been shown to exist) raises competition issues only when it is used in a manner that lessens or prevents competition substantially. Thus, it is the abuse of a dominant position that gives rise to scrutiny under the Act.

Paragraph 79(1)(*b*) can be usefully divided into two parts. The first part involves showing that there is or has been "a practice." The second part requires that it be shown that there is an anti-competitive act(s). In regard to the latter part of the element, illustrative examples of business practices that could constitute anti-competitive acts are provided in section 78 (see Appendix I).

3.2.2(a) Practice

The term "practice" was considered in the context of single firm dominance in the *NutraSweet* case, where the Tribunal adopted a broad view of the term and established that different individual anti-competitive acts, taken together, may constitute a practice.[31]

The Bureau considers that while a practice is normally more than an isolated act, it may also constitute one occurrence that is sustained and systemic or that has had a lasting impact on the state of competition. For example, a long-term exclusionary contract may effectively prevent or lessen competition even though the contract itself constitutes only one episode of an anti-competitive act. In joint abuse cases, an assessment of whether the anti-competitive act(s)

29. See *R. v. Canadian General Electric* [1974] 17 C.C.C. (2d) 433 and *R. v. Armco* [1974] 21 C.C.C. (2d) 129.
30. Facilitating practices may be aimed at improving the ability of firms to coordinate their actions, or at detecting deviations from the terms of coordination.
31. *NutraSweet*, *supra* note 2 at 23.

is sustained and systemic, or has had a lasting impact on the state of competition, would need to consider the pattern of business conduct by several firms.

The wording of the statute clearly indicates that the negative effects on competition may be past, present or future effects. A remedial order may be sought in respect of past practices. However, under subsection 79(6), the Commissioner cannot bring an application before the Tribunal with regard to practices that have ceased for three years or more.

3.2.2(b) Anti-Competitive Acts

Section 78 of the Act provides a non-exhaustive list of anti-competitive acts. In addition to these acts, there is some jurisprudence on anti-competitive acts not listed in section 78. The acts in section 78 all lessen competition when engaged in by a dominant firm for an anti-competitive purpose. The Tribunal tests for anti-competitive purpose by asking whether an act is done for a predatory, exclusionary or disciplinary reason.[32] The purpose or intent of the act may be proven by an inference or a conclusion to be drawn from the facts established in evidence. The verbal or written statements of the personnel of a company are likely to establish subjective intent. Consideration of the act itself may lead to an inferred purpose, because persons are assumed to intend the necessary and foreseeable consequences of their acts. As the Tribunal noted in *Nutrasweet*,[33] in most cases the purpose of the act will have to be inferred from the circumstances.

Section 79 does not, as section 96 of the merger provisions does, provide for an explicit efficiency defence in assessing acts that are considered to be anti-competitive. In situations where the Bureau is satisfied that an anti-competitive act has been established that meets the threshold of substantially lessening or preventing competition in a market, the Bureau will try to resolve the competition issue with the party. If this effort is unsuccessful, the Bureau will bring the matter before the Tribunal.

3.2.3 "The practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market"

The requirement of "preventing or lessening competition substantially in a market" puts the focus on the impact on competition rather than on competitors. As the Tribunal noted in *Tele-Direct*, "seizing market share from a rival by offering a better product or lower prices is not, in general, exclusionary since consumers in the market are made better off."[34]

The meaning of "lessening competition substantially" is established in the case law. The Tribunal in *NutraSweet* stated that "in essence, the question to be decided is whether the anti-competitive acts engaged in by NSC [NutraSweet] preserve or add to NSC's market power."[35]

32. *NutraSweet*, *supra* note 2 at 34.
33. *NutraSweet*, *supra* note 2 at 35.
34. *Tele-Direct*, *supra* note 23 at 196.
35. *NutraSweet*, *supra* note 2 at 47.

3.2.4 Assessing the Impact of Anti-Competitive Acts

The preservation or enhancement of market power can be achieved in a number of ways. The Bureau follows a non-exhaustive approach in assessing the effect on competition of various types of anti-competitive acts.

A firm can maintain or enhance market power by erecting or strengthening barriers to entry,[36] thus inhibiting potential competitors from challenging the market power of the dominant firm. In examining anti-competitive acts that involve the creation or enhancement of barriers of this type, the Bureau will focus its analysis on determining the state of competition in the market in the absence of these acts. If it can be demonstrated that, but for the anti-competitive acts, an effective competitor or group of competitors would emerge within a reasonable period of time to challenge the dominance of the firm(s), the Bureau will conclude that the acts in question constitute a substantial lessening or prevention of competition. In assessing the potential to provide effective competition with the removal of the anti-competitive acts, the Bureau considers a reasonable time period to be two years, consistent with the time frame considered acceptable for entry into a market.[37]

36. In the *Laidlaw* case, the Tribunal concluded that Laidlaw's acquisition of 100 percent of the market in some instances, along with the exclusivity provisions and litigation threats that raised barriers to entry, lessened competition substantially. In *Nielsen*, the Tribunal noted that Nielsen's contracts with its customers were long term and came up for renewal on a staggered basis; an entrant could not obtain the access to a broad supply of data required for effective entry. The Tribunal found that the practices lessened competition substantially.

37. This two-year time frame is consistent with the approach to analysing barriers to entry adopted in the Bureau's *Merger Enforcement Guidelines*.

PART 4: ANTI-COMPETITIVE ACTS: SECTION 78

4.1 The Economics of Anti-Competitive Acts

The Tribunal has, in the NutraSweet decision, made it clear that anti-competitive acts involve actions that are predatory, exclusionary or disciplinary. The Bureau's approach in assessing potentially anti-competitive activities is consistent with the Tribunal's interpretation, but focusses on determining whether the activities in question fall into one or more of the following categories: (i) acts that raise rivals' costs (or reduce rivals' revenues) or that foreclose existing or potential rivals from key inputs or facilities; (ii) predatory conduct; and (iii) acts intended to facilitate coordinated behaviour among firms (facilitating practices).

Many of the actions described in section 78 may be undertaken by a dominant firm without resulting in a substantial lessening of competition. For example, vertical acquisitions, discussed in paragraph 78(1)(*b*), can be pro-competitive because the newly integrated firm becomes a more efficient and effective competitor. Similarly, the introduction by a dominant firm of a new brand in response to entry, described in paragraph 78(1)(*d*), may well be a competitive response.[38] Therefore, in each abuse of dominance case, once the Bureau has established that a dominant firm has engaged in acts that fall under section 78, or in other acts that are potentially anti-competitive, it will consider whether these acts will result in a substantial lessening of competition.

4.2 Raising Rivals' Costs and Market Foreclosure

A dominant firm may undertake a number of strategies that raise the costs of a rival, rendering the rival a less effective competitor. By increasing certain costs of a rival, the dominant firm can have the effect of inducing the rival to raise its prices, allowing the dominant firm to profitably increase its own prices. This strategy will be profitable provided the ultimate price increase raises the dominant firm's revenues sufficiently to offset the costs of the strategy. Similarly, the dominant firm may also undertake a number of strategies that have the effect of eliminating existing competitors from the market, or of deterring entry by excluding current or potential rivals from the inputs necessary to compete. This may involve raising a rival's costs to the point where the rival is unable to remain in the market, but may also include pre-empting key facilities to deter entry. Again, such a strategy will be profitable for the dominant firm, provided the costs of the strategy are offset by the ultimate increase in revenue, or by the prevention of lost revenues due to entry.

38. An example of the pro-competitive potential is found in the Tribunal's decision in *Tele-Direct*. The Commissioner had alleged that Tele-Direct had abused its dominant position by aggressively targeting rivals in markets where entry into the telephone directory services market had occurred. The Commissioner contended that Tele-Direct used its significant profits in other markets to subsidize intense, "near-predatory" competition in those markets involving entry. In rejecting this contention, the Tribunal stated that "targeting cannot be distinguished as an anti-competitive act merely by the fact that there is a differentiated response. Targeting, in the sense of a differentiated response to competitors, is a decidedly normal competitive reaction. An incumbent can be expected to behave differently where it faces entry than where it does not."

Section 78 describes various means by which a dominant firm can raise its rivals' costs or exclude a rival from inputs or facilities. Paragraph 78(1)(*a*) describes vertical margin squeezing, premised on the ability of the dominant firm(s), operating at two levels of the distribution system, to raise the price of an input to a competitor operating only at the downstream level. This is commonly known as a "price squeeze" and may increase rivals' costs. However, this is an enforcement concern only when it harms both competitors and competition. Vertically integrated firm(s) may be more efficient in distribution than non-integrated firms. As a result, it may be difficult for a non-integrated firm to compete with an integrated firm in the downstream market for reasons that have little to do with squeezing. For more discussion of this topic, refer to Appendix III.

Paragraph 78(1)(*b*) describes the acquisition by a supplier of a customer that would otherwise be available to a competitor of the supplier, or the acquisition by a customer of a supplier that would otherwise be available to a competitor of the customer, for the purposes of impeding or preventing a competitor's entry or eliminating a competitor. Acquisition of a supplier by a dominant firm can allow the dominant firm to raise the price a rival must pay to obtain a key input. Alternatively, acquisition of a supplier can allow the dominant firm to deny access to the newly acquired supplier's products, requiring a rival to purchase inputs from other suppliers at a higher price. Acquisition of a supplier can, through raising a rival's costs, make it a weaker competitor, and may even exclude a rival from the market. Acquisition of a supplier can also have the effect of prohibiting entry, by denying entrants the inputs needed to compete. (Acquisition of a customer by a supplier is dealt with in section 4.2.1.)

Paragraph 78(1)(*e*) identifies the pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor as an anti-competitive act. For example, the dominant firm(s) may be able to bid up the price of a scarce input to the point where entry is unprofitable. Such a strategy may be profitable to the dominant firm(s) despite the higher price it also pays for the input, because it avoids the dissipation of profits that entry would bring. Alternatively, the dominant firm(s) may raise its rival's costs by pre-empting low cost inputs, forcing the rival to use higher cost inputs. Even if this strategy did not result in the exit of the rival, it could be profitable for the dominant firm if it resulted in the rival being a less effective competitor, allowing the dominant firm to increase its own prices. Pre-emption could also take the form of acquisition or control of the supply of a necessary input in production, such as production sites or facilities that are not easily replicated.

Similarly, paragraph 78(1)(*f*) describes buying up a product to prevent the erosion of price levels. When applied to a wholesale or input market, such behaviour could have the result of raising a rival's costs by increasing or maintaining the prices at which the rival must purchase its inputs.

The same result can be obtained by the dominant firm requiring or inducing a supplier not to supply a rival, behaviour that is described in paragraph 78(1)(*h*). This can increase the price at which the rival purchases its inputs and may exclude the rival from the market completely. Effective exclusion may result from exclusive dealing contracts or from contractual practices that create exclusivity. The *Nielsen* case, for example, involved exclusive dealing. Retailers agreed to sell scanner-based data to Nielsen only, which, in combination with a number of other factors, foreclosed entrants from participating in the scanner-based tracking services market.

Other contractual practices that may effectively create exclusivity include requirements contracts, which set out that a party must purchase all its requirements from a particular vendor. A "meet-or-release" clause may also work to discourage a potential supplier from seeking to sell to a buyer, because the potential supplier anticipates that the current suppliers will match the price. A most-favoured-nation (MFN) clause, which requires the seller to give a buyer the best price it offers to any other customer, could also result in exclusivity.[39] Such contractual practices can also aid a dominant firm in excluding competitors, by keeping the dominant firm informed about attempted entry or any actions of its rivals.

Although not specifically listed in section 78, refusing to allow a competitor access to an incumbent's facility, or imposing restrictive terms of access, can constitute an anti-competitive act.

4.2.1 Access to Consumers — Reducing Rivals' Revenues

Besides excluding a rival from access to necessary inputs or facilities, a dominant firm can engage in activities that limit a rival's or potential entrant's ability to attract customers. A dominant firm can implement technology, contracts or other practices that make it costly for a customer to switch to an alternative supplier. By fostering such switching costs, a dominant firm may be able to foreclose entry or limit the expansion of a competitor.

Paragraph 78(1)(*g*) describes a dominant firm that adopts product specifications that are incompatible with the products of a rival. Such incompatibility can have the effect of limiting the number of customers willing to purchase from the rival. Similarly, long-term contracts with automatic renewal provisions may create switching costs, thus foreclosing entry. An exclusive buying arrangement with even a subset of the consumers may foreclose entry if, as a result, not enough customers are available to an entrant to justify entering.[40] Alternatively, acquisition of a customer by a supplier, as described in paragraph 78(1)(*b*), may foreclose entry by excluding a potential competitor from sufficient customers to make entry profitable.

Abuse of judicial processes may create switching costs, decreasing a rival's demand. In *Laidlaw*, Laidlaw apparently threatened both its customers and its rivals with litigation. Laidlaw on occasion told customers contemplating switching suppliers that it would sue them for breach of contract as it had done to other customers. In fact, there was no evidence that Laidlaw had ever brought suit. Rivals contemplating servicing Laidlaw's customers were also threatened with actions for inducing breach of contract. The Tribunal found that this behaviour constituted a practice of anti-competitive acts.

39. For example, in *Nielsen*, sellers of retail scanner data agreed to an MFN clause, which effectively committed the sellers not to sell the data to any other buyer, since another firm (as a duopolist) would not have been able to pay as much for the data as Nielsen (as a monopolist).

40. In *NutraSweet*, the Commissioner alleged that NutraSweet had engaged in a practice of anti-competitive acts by using its U.S. patent on aspartame to exclude rivals from Canada. The Tribunal found that NutraSweet had persuaded a Canadian customer of aspartame to switch from a rival, Tosoh, to NutraSweet by offering rebates to the customer on the basis of aspartame used in products manufactured in the United States and imported into Canada. The rebate would depend on the difference between the U.S. and the Canadian prices. The Tribunal held, among other things, that the fact that NutraSweet was willing to offer the rebate regardless of the size of the U.S.–Canada price differential indicated an intention to limit the expansion of its competitors. It held that the use of the monopoly position conferred by the U.S. patent for anti-competitive purposes was an anti-competitive act. This illustrates how a rebate, which otherwise would be pro-competitive, would not be profitable but for the fact that it prevented the expansion of NutraSweet's rivals. In Tele-Direct, the dominant supplier of business telephone directories, Tele-Direct, induced a supplier of a product called "audiotext" to withhold supply from competing directories. Audiotext was a service providing information, such as the news and weather, which competing directories had linked to their products. The Tribunal observed: "The only perceptible effect on consumers and advertisers was a negative one. It would appear to us that the kind of conduct engaged in by Tele-Direct regarding audiotext in Sault Ste. Marie unequivocally falls within the class of anti-competitive acts against which section 79 is meant to guard."

4.3 Predatory Conduct

It is difficult to distinguish predatory pricing and competitive pricing since both, at least initially, involve lower prices. Predatory pricing by a dominant firm normally involves the ability to raise prices once rivals have been disciplined or have exited the market. Consequently, a key consideration in determining that low prices are in fact predatory and may lead to a substantial lessening of competition is whether the market is characterized by high barriers to entry.

Predatory pricing is often described as selling at a price below some measure of cost in order to harm a competitor. Predatory pricing can be profitable to the dominant firm, and hence harmful to competition, if the dominant firm is able to maintain or enhance market power, giving it the ability to recoup the losses from the predatory campaign. This could be achieved by eliminating a rival, if entry barriers would prohibit or discourage potential entrants from constraining the dominant firm from increasing prices post-predation. In the absence of such barriers, predation may be profitable if it deters potential competitors from entering the market for fear of a repeated predatory episode. Such a reputation for predation may also deter entry into other markets in which the dominant firm operates, thus increasing the incentives to engage in predation.

Dominant firms can also engage in predation in order to discipline competitors that have undertaken to challenge the market power of the dominant firm. The intent of disciplinary actions is to convince the target of the actions to cease a particular practice, rather than to eliminate or exclude the competitor from the market. The net result on competition can be the same as elimination of a rival, if the disciplining results in the elimination of the competitive threat of the target. Consider the example of a competitor seeking to obtain market share by lowering its prices. The dominant firm reacts by engaging in a predatory pricing strategy, aimed not at eliminating the competitor but rather at compelling the competitor to resume pricing at previous levels.

In the case of predatory behaviour by a dominant firm or group of firms, establishing dominance is sufficient to satisfy that market power exists and therefore recoupment is possible. The Bureau will also consider the extent to which the act of predation will deter entry through establishing a reputation for predation.

Having established dominance, the Bureau will consider whether the dominant firm is pricing below some measure of its costs. The Tribunal emphasized the importance of such a price-cost comparison in the *NutraSweet* case.[41] In conducting such price-cost comparisons, the Bureau will include in its measure all costs that are avoidable. That is, the Bureau will consider any costs that could have been avoided by not offering the product or service in the relevant time frame.

Several of the acts listed in section 78 describe predatory behaviour. Paragraph 78(1)(*i*) refers to an anti-competitive act involving the dominant firm(s) selling "articles at a price lower than acquisition cost for the purpose of eliminating or disciplining a competitor." While paragraph 78(1)(*i*) clearly describes a form of predatory pricing, it is limited by its reference

41. *NutraSweet*, *supra* note 2 at 43.

to "articles" and "acquisition cost." In *NutraSweet*, the Director of Investigation and Research attempted to apply paragraph 78(1)(*i*) to a manufacturer that was selling its product below its manufacturing cost. The Tribunal rejected this argument as not applicable to manufacturing situations where there is no purchase and resale of articles.[42] The Tribunal made it clear, however, that predatory pricing could generally be an anti-competitive act for the purpose of section 79.

A variant of predatory pricing may be found in paragraph 78(1)(*c*), which deals with freight equalization. In this form, predatory pricing occurs when a firm bases freight charges on the distance of a customer from the rival's plant, as opposed to the distance from the dominant firm's own plant. By using the rival's plant as a base point, the dominant firm(s) effectively earns a lower margin on customers located near its rival as compared to customers located near its own plant. This could amount to selective price cutting, that is, price cutting to buyers most likely to deal with the dominant firm's (firms') rival(s), with predatory intent.

Paragraph 78(1)(*d*) indicates that the introduction of "fighting brands" is an anti-competitive act. Fighting brands are introduced by a firm to inflict harm on a rival, either to limit or eliminate the rival's competitive significance, or to seek to temporarily punish a rival for competing too vigorously. Such brands are typically designed to be close competitors of the rival's product or services. For example, a dominant firm may open the retail outlets of a fighting brand near the retail outlets of a rival. Similarly, a dominant firm may adopt product specifications for a fighting brand that are similar to those of a rival. Because fighting brands are designed to provide a product or service that is similar to that provided by the rival, they can be especially effective when used as part of a predatory strategy. Fighting brands were central to the *Eddy Match* case, where Eddy Match was found to have introduced new brands of matches intending to eliminate entry to the wooden match market.[43]

4.4 Facilitating Practices

Facilitating practices enhance the ability of firms to coordinate their behaviour in order to increase or maintain prices. Thus, a group of firms would employ facilitating practices to ensure cooperation of the group members, which is required to sustain the group's joint dominance in the relevant market(s). Typically, such practices assist firms in monitoring each other to ensure that no one "cheats" on an arrangement, or allow firms to more effectively punish such deviations.

Examples of facilitating practices that allow firms to more effectively monitor members of the group include pre-announcing price increases and publicizing price lists. Delivered pricing can also be a facilitating practice. Delivered pricing can involve uniform delivered prices, by which firms charge the same delivered price to all customers regardless of location. Alternatively, firms can adopt the same base points from which transportation costs are added. Both forms of delivered pricing simplify price lists and result in customers facing the same price from each firm, thus making pricing more transparent to other firms and facilitating coordinated behaviour.

42. *NutraSweet*, *supra* note 2 at 43.
43. *R. v. Eddy Match Co. Ltd.* [1954], 20 C.P.R. 107 (Que. C.A.).

Contractual arrangements can also be used to enhance transparency and to allow for more effective punishments. "Meet-or-release" clauses can alert a firm to price cutting by other firms, thereby facilitating detection of deviations. Such clauses also allow for punishment by allowing the firm to match the offer, thus preventing the price cutter from making the sale. Similar practices incorporate stronger punishments, such as a firm promising to beat any rival's price by 10 percent. MFN clauses effectively commit a firm to punishing itself for offering a selective price cut to a particular customer, since that price cut would have to be offered to all customers with MFN clauses. Thus, MFN clauses can deter selective price cuts and stabilize interdependence among oligopolists.

PART 5: REMEDIES

5.1 Alternative Case Resolutions

If the Commissioner is satisfied that the evidence supports an application to the Tribunal, a number of options to remedy the situation are available. During the course of an examination or an inquiry, the Commissioner will present to the parties any preliminary concerns regarding the alleged contravention of the Act. The parties are afforded the opportunity to respond to the Commissioner's concerns and, at any time during the course of an examination or inquiry, can propose an alternative means of dealing with the Commissioner's concerns that does not necessitate an application to the Tribunal.

In most circumstances, the Commissioner's preference would be to have any proposed remedy agreed upon by the parties reviewed by the Tribunal pursuant to a consent order application. However, matters are dealt with on a case-by-case basis. Where a party whose conduct is the subject of an examination or inquiry voluntarily changes its business practices in a manner that addresses the Commissioner's concerns, the Commissioner may exercise discretion not to litigate the matter before the Tribunal. In appropriate circumstances, where a party has addressed the Commissioner's concerns, this may be sufficient for the Commissioner to discontinue the examination or inquiry.

In instances where an alternative (to litigation) course of action has been adopted to resolve the competition issues, the Commissioner will make the resolution public to ensure that the process remains transparent and that all interested parties have been informed of the fact that the matter has been resolved, and what means were used.

5.2 Orders of the Competition Tribunal

The abuse of dominance provisions provide broad powers of remedy to the Tribunal. Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that the elements of section 79 are met, it may, pursuant to subsection 79(1), make an order prohibiting a respondent firm or firms from engaging in the practice of anti-competitive acts. In addition, or alternatively, if the Tribunal finds that an order prohibiting the continuance of anti-competitive practices is not likely to restore competition in the affected market, the Tribunal may, pursuant to subsection 79(2), make an order directing any such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and necessary to overcome the effects of the practice of anti-competitive acts.

Section 66 of the Act sets out the penalties associated with failing to comply with an order issued by the Tribunal. Any person who contravenes or fails to comply with such an order is guilty of an offence and liable on conviction of an indictment to a fine in the discretion of the court, or to imprisonment for a term not exceeding five years, or to both; or on summary conviction, such a person is liable to a fine not to exceed $25 000, or to imprisonment for a term not to exceed one year, or to both.

5.3 Limitations and Exceptions

Although the Tribunal has wide latitude to impose remedies under subsection 79(2), subsections 79(3) to 79(7) contain a number of limitations, exceptions and clarifications with respect to orders of the Tribunal and applications by the Commissioner. These provisions are briefly described below.

5.3.1 Subsection 79(3) — "Rights of any person"

Subsection 79(3) places a limitation on the scope of an order under subsection 79(2) to provide for an additional safeguard that protects the rights of persons against whom an order is directed. The intent here is to have an order that is aimed at restoring competition, and not one that goes beyond achieving this objective. In other words, the order should be remedial and not punitive. Subsection 79(3) stipulates that the scope of the order should not interfere with the rights of a person against whom the order is sought more than is needed to restore competition. This restriction is intended to protect existing private contractual relationships between persons, and other proprietary property such as trade secrets, unless a breach of these contracts or secrets is absolutely necessary to restore competition.

5.3.2 Subsection 79(4) — "Superior competitive performance"

Subsection 79(4) is intended to compel the Tribunal to consider whether the lessening of competition is attributable to the superior competitive performance of the dominant firm or firms. It does not call upon the Tribunal to balance superior competitive performance against the effects of anti-competitive acts.[44] Superior competitive performance is only a factor to be considered in determining the cause of the lessening of competition, and not as a justifiable goal for engaging in an anti-competitive act. Having lower costs, better distribution or production techniques, or a broader array of product offerings can put a firm at a competitive advantage that, when exploited, will lessen competition by leading to the elimination or restriction of inferior competitors. This is the sort of competitive dynamic that the Act is designed to preserve and, where possible, enhance, as it ultimately leads to a more efficient allocation of resources.

5.3.3 Subsection 79(5) — "Exercise of intellectual property rights"

Exclusive rights provided by intellectual property law do not of themselves constitute abusive conduct by a dominant firm. Subsection 79(5) is intended to ensure that the legitimate use of intellectual property rights does not constitute an anti-competitive act. However, abuse of those rights could result in a violation of section 79.

5.3.4 Subsection 79(6) — Three-Year Limitation

Subsection 79(6) clarifies the point that no action can be taken against an anti-competitive act by a dominant firm or group of firms three years after the practice has ceased.

5.3.5 Subsection 79(7) — Acts Where Proceedings Have Been Commenced Under Section 45 or Section 92

Subsection 79(7) requires the Commissioner to choose between the conspiracy, the merger or the abuse of dominance provisions when electing to proceed with either a recommendation to the Attorney General (alleging criminal conspiracy) or an application to the Tribunal (under the civil provisions). The subsection codifies for merger, conspiracy and abuse of dominance the principle in common law that no person is to be placed in jeopardy twice for the same or substantially the same cause. The choice of which provision to pursue will depend on the facts of each case and the nature of the remedy sought to alleviate the competition issue.[45]

44. This is quite different from section 96 of the merger provisions, which calls for a balancing of efficiency gains with any substantial lessening or prevention of competition resulting from the merger.

45. Section 45 is the criminal conspiracy provision, and section 92 is the civil provision with respect to mergers.

APPENDIX I: THE ABUSE OF DOMINANCE PROVISIONS OF THE *COMPETITION ACT* (SECTIONS 78 AND 79)

78. (1) For the purposes of section 79, "anti-competitive act", without restricting the generality of the term, includes any of the following acts:

(a) squeezing, by a vertically integrated supplier, of the margin available to an unintegrated customer who competes with the supplier, for the purpose of impeding or preventing the customer's entry into, or expansion in, a market;

(b) acquisition by a supplier of a customer who would otherwise be available to a competitor of the supplier, or acquisition by a customer of a supplier who would otherwise be available to a competitor of the customer, for the purpose of impeding or preventing the competitor's entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(c) freight equalization on the plant of a competitor for the purpose of impeding or preventing the competitor's entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(d) use of fighting brands introduced selectively on a temporary basis to discipline or eliminate a competitor;

(e) pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor for the operation of a business, with the object of withholding the facilities or resources from a market;

(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels;

(g) adoption of product specifications that are incompatible with products produced by any other person and are designed to prevent his entry into, or to eliminate him from, a market;

(h) requiring or inducing a supplier to sell only or primarily to certain customers, or to refrain from selling to a competitor, with the object of preventing a competitor's entry into, or expansion in, a market;

(i) selling articles at a price lower than the acquisition cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor;

(j) acts or conduct of a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, that are specified under paragraph (2)(*a*); and

(k) the denial by a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, of access on reasonable commercial terms to facilities or services that are essential to the operation in a market of an air service, as defined in that subsection, or refusal by such a person to supply such facilities or services on such terms.[46]

(2) The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister and the Minister of Transport, make regulations

46. See footnote 1.

(a) specifying acts or conduct for the purpose of paragraph (1)(*j*); and
(b) specifying facilities or services that are essential to the operation of an air service for the purpose of paragraph (1)(*k*).
R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 45; 2000, c. 15, s. 13.

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

(2) Where, on an application under subsection (1), the Tribunal finds that a practice of anti-competitive acts has had or is having the effect of preventing or lessening competition substantially in a market and that an order under subsection (1) is not likely to restore competition in that market, the Tribunal may, in addition to or in lieu of making an order under subsection (1), make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the practice in that market.

(3) In making an order under subsection (2), the Tribunal shall make the order in such terms as will in its opinion interfere with the rights of any person to whom the order is directed or any other person affected by it only to the extent necessary to achieve the purpose of the order.

(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance.

(5) For the purpose of this section, an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest derived under the *Copyright Act*, *Industrial Design Act*, *Integrated Circuit Topography Act*, *Patent Act*, *Trade-marks Act* or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act.

(6) No application may be made under this section in respect of a practice of anti-competitive acts more than three years after the practice has ceased.

(7) No application may be made under this section against a person

(a) against whom proceedings have been commenced under section 45, or
(b) against whom an order is sought under section 92

on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in the proceedings under section 45 or 92, as the case may be.
R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 45; 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37.

APPENDIX II: OVERVIEW OF THE ESSENTIAL ELEMENTS ESTABLISHED BY THE CASE LAW

Control

"Control" means "market power" in the economic sense. (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* and *Tele-Direct*)

"Market power" is "the ability to set prices above a competitive level for a considerable amount of time." (*Laidlaw*, *Nielsen*)

High market share, together with barriers to entry, will typically be sufficient to support a finding of "market power." (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* and *Tele-Direct*)

High market share alone will give rise to a prima facie conclusion that a party is dominant. (*Laidlaw*, *Nielsen*)

In the absence of barriers to entry, firms with high market shares cannot exercise market power. (*Tele-Direct*)

The existence of sunk costs or economies of scale alone is insufficient to qualify as a barrier to entry. (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen*)

Class or Species of Business

"Class or species of business" is synonymous with "product market" in the economic sense. (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* and *Tele-Direct*)

In Canada or an Area Thereof

The words "in Canada or an area thereof" are synonymous with "geographic market" in the economic sense. (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* and *Tele-Direct*)

The same test used to define product market (i.e. substitutability) should be used to define geographic market. (*Laidlaw*)

The hypothetical monopolist test provided by the *Merger Enforcement Guidelines* (Competition Bureau, 2000) is inappropriate for defining geographic market in an abuse case, as the issue relates to an existing situation rather than the assessment of a prospective situation, as in a merger. (*Laidlaw*)

Practice of Anti-Competitive Acts

For a "practice" to exist, there must be more than an isolated act. Different anti-competitive acts, taken together, could constitute a "practice." (*NutraSweet* and *Nielsen*)

Subjective intent is not required for the Tribunal to conclude that a given practice is anti-competitive. (*NutraSweet*, *Laidlaw* and *Tele-Direct*)

In determining whether an alleged anti-competitive act falls within section 78, the nature and purpose of the act and the effect it has had on relevant markets must be determined. The analysis will take into account the commercial interests of the parties and the resulting restriction on competition. (*Nielsen* and *Tele-Direct*)

In the absence of convincing evidence to the contrary, parties are deemed to intend the effects of their actions. (*Laidlaw* and *Nielsen*)

The existence or non-existence of legitimate efficiency arguments and business justification are important in determining whether an act is anti-competitive. However, the Tribunal has cautioned that the existence of some legitimate business purpose will not on its own be sufficient to justify the use of anti-competitive acts when a party enjoys substantial market power. (*Nielsen* and *Tele-Direct*)

Substantial Lessening or Prevention of Competition

In order to assess the anti-competitive effect, the Tribunal will focus on the degree to which the anti-competitive acts enhance or preserve barriers to entry and, more generally, enhance or preserve market share. (*NutraSweet* and *Nielsen*)

The question of substantial lessening of competition can also be equated with the question of whether the anti-competitive acts engaged in "altered the prospects of economically feasible entry." (*Nielsen*)

Where a firm has a high degree of market power in a market that is uncompetitive to begin with, even a small impact on a competitor will be considered substantial. (*Tele-Direct*)

APPENDIX III: EXCLUSIONARY VERTICAL SQUEEZING

Introduction

The first anti-competitive act listed in section 78 is "squeezing." This practice is defined in the Act as follows:

(a) squeezing, by a vertically integrated supplier, of the margin available to an unintegrated customer who competes with the supplier, for the purpose of impeding or preventing the customer's entry into, or expansion in, a market.

The practice described in section 78 is quite specific. It applies to sales by an upstream supplier to a downstream customer with whom that supplier also competes. Squeezing occurs when the supplier raises the wholesale price relative to the retail price, thus squeezing the margin between the wholesale and retail prices. It can also occur when the wholesale price remains the same but the supplier lowers the retail price, compelling his or her customer/competitor to follow suit.

From a competition policy perspective, the concept of squeezing is quite different from the notion of profit margin erosion, which results from the pressures of vigorous competition. If asked, most competitors will complain that their margins are inadequate and that cutthroat competition is to blame. The fact that margins are being squeezed may speak to the vigour of competition in the market concerned, and is not necessarily the result of predatory activity on the part of large firms in the market. Margins may be squeezed when a market is declining, overbuilt or requires rationalization in the face of changing consumer buying patterns. In this case, low margins are an appropriate signal for less efficient firms to exit the market.

The Theory of Anti-Competitive Forms of Squeezing

Section 79 is aimed at squeezing by a dominant firm or group of firms that engages in this practice *for the purpose of* excluding or predating competitors from the market, or disciplining competitors in the market who pose a competitive threat. The purpose of the squeeze is to deter or prevent entry into the downstream market, to confine downstream firms to small niches in the market, or to drive downstream competitors out of the market.

The consequence of an exclusionary squeeze is that downstream competition is lessened to the point that the firm responsible for the squeezing can exercise market power by increasing margins or lowering quality or service. The purpose of an exclusionary squeeze, therefore, is to earn excess profits. This is distinguishable from a normal loss-minimizing response to a lack of demand or changing buying patterns.

Structural Preconditions for Extending Market Power to Another Stage of Production

In assessing whether allegations of price squeezing raise an issue under section 79, the Bureau will examine the structural conditions of the market in question. In the absence of certain structural conditions, squeezing out a downstream competitor will not be a profitable strategy for a dominant integrated supplier. Certain structural conditions must be fulfilled in both the upstream and the downstream markets in order to make a vertical extension of market power a potentially profitable strategy. First, there must be secure and significant unilateral or joint market power upstream (i.e. in the wholesale market).

Otherwise, downstream customers can evade the squeeze by turning to other suppliers. Accordingly, a finding of dominance or joint dominance in the wholesale market is a necessary first step to establishing an anti-competitive price squeeze.

Where no single firm is dominant in the market, but a group of firms coordinates its activities to jointly abuse its collective market power, the coordination itself constitutes an anti-competitive act, as it artificially confers market power to members of a group that would otherwise have to compete with one another.

Establishing a Rationale for Anti-Competitive Squeezing

As previously indicated, the mere observation of margin squeezing or margin erosion is not sufficient to support a conclusion of anti-competitive conduct on the part of one or more large firms. Even where the firms in question may be in a dominant market position, it is necessary to closely analyse their pricing behaviour in order to distinguish conduct that provides grounds for an application to the Tribunal from otherwise legitimate market behaviour. As discussed in this section, the Bureau will contemplate a number of potential economic scenarios as part of its analysis.

In situations where it is established that one supplier (wholesaler) possesses the market power required to exercise control, and that this control has been acquired through means that do not contravene the Act, potential monopoly profits can be extracted simply by charging a monopoly price for the product at the wholesale level. This is not an abuse of market power. In these instances it is not in the supplier's interest to charge a price that would eliminate or discipline his or her customers, as he or she is already extracting the maximum return.

For extension of monopoly power to make sense, it must be shown that domination of one stage of production (e.g. the wholesale stage) is not sufficient; domination of two or more (e.g. the wholesale and retail) stages is necessary. There are several instances in which extension of market power to another stage of production could be profitable.

One such instance is known as the variable proportions case. If the input supplied by the upstream monopoly is not used by the downstream industry in fixed proportions, upstream monopoly power cannot be fully exploited simply by the setting of a monopoly price at wholesale, because the downstream users will substitute away from the monopolist's product as its price is increased. The monopolist would have to force the customer to use the input in higher proportions than would normally be the case.

Other instances in which the extension of market power from one stage to another could be profitable involve evasion of price regulation upstream or the exploitation of opportunities for price discrimination downstream.

When there is imperfect competition at both stages of production, integrated firms will always appear to be squeezing their non-integrated rivals. This is because a vertically integrated firm's markup under imperfectly competitive conditions is always less than the sum of the markups of a downstream firm and any unrelated upstream supplier. Economists refer to this as the double markup problem. Consider the example of a single dominant upstream firm supplying an input to two imperfectly competitive downstream firms that sell their product to consumers. If there is no vertical integration, the upstream firm sells its input to the downstream firms at a price in excess of marginal cost (the standard price in a perfectly competitive

market). The downstream firms charge an additional markup on their product when they sell it to consumers. This is the double markup — a markup at one stage piled on top of a markup at the previous stage.

Suppose that the upstream dominant firm integrates forward, merging with one of the downstream firms while continuing to supply the other non-integrated downstream firm(s). The upstream division of the vertically integrated firm now supplies the downstream division at marginal cost (no markup). The downstream division charges a markup on its sales to consumers. This single markup is less than the sum of the markups formerly charged by the upstream and downstream firms, so the vertically integrated firm's output expands, its price falls and its non-integrated downstream rival loses market share or is forced to lower its price and lose profits. Notwithstanding the loss in profits suffered by the non-integrated downstream rival, consumers and the economy benefit. With the lower combined markup of the integrated firm, non-integrated firms purchasing from integrated firms appear to be squeezed by the integrated firms. Yet this apparent squeezing need not have anything to do with any strategy of excluding them from the market, and would therefore not necessarily be considered an anti-competitive act.

Criteria for Determining Anti-Competitive Squeezing

Clearly, determining when squeezing is anti-competitive involves careful analysis. When presented with allegations of anti-competitive squeezing the Bureau will, once it has been established that the target of the complaint has control of the relevant market(s), consider whether the alleged squeezing has had the effect of substantially lessening competition. Establishing a substantial lessening of competition will require a determination that the disciplinary, predatory or exclusionary effects of the squeezing result in maintaining or enhancing the market power of the dominant firm or firm engaged in the squeezing. If this can be established, the Bureau will proceed on the assumption that the squeezing is anti-competitive.

There are many different market situations in which one competitor may squeeze the margins of another. Most are consistent with vigorous competition and raise no issue under the Act. The form of squeezing that contravenes section 79 involves situations where a vertically integrated dominant firm or group of firms may find it profitable to squeeze a non-integrated downstream rival either for disciplinary or exclusionary purposes, and where this will ultimately result in higher prices for consumers. The characteristics of these situations are as follows:

(1) The structural conditions for dominance or joint dominance at the relevant upstream (wholesale) stage of production must be satisfied. These criteria are set out in section 3.2.1(d) of these guidelines. The following conditions are necessary for inferring control by a group of firms:

   (a) The group of firms collectively accounts for a large share of the relevant market. Because of the inherent difficulties of unaffiliated competitors coordinating in a manner that allows them to exercise market power, the collective market share threshold should be more onerous than in cases involving single-firm dominance.
   (b) There is evidence that the effect of the action is to increase price or engage in some form of anti-competitive act.

(c) There is evidence of barriers to entry into the group as well as barriers to entrants into the relevant market. A successful coordinated equilibrium, by definition, raises prices within the group above competitive levels and thus creates increased incentives for outside firms to enter the group. One example of evidence of barriers to entry is the use of exclusionary actions that pre-empt entry into the group. As a rule, establishing such coordination suffers from the same difficulties as establishing the coordinated activity in the first instance; thus there should be evidence of an ability to exclude outside firms (e.g. an asymmetry that provides the jointly dominant firms with a unique advantage over the alleged victim).

(d) Even if coordinated activity is plausible, and there are sufficient barriers to entry into the group, the prospect of intra-group rivalry (i.e. so-called "cheating") is often a powerful constraint on the ability of a group of firms to profitably coordinate. Thus there should be concrete evidence that actions have been taken by members of the group to inhibit intra-group rivalry.[47]

(e) Finally, there should be evidence that a significant number of customers does not have the ability to employ counter-strategies. Large customers have an incentive, and may often have an ability, to structure procurement activities to counter efforts by a group of firms to dampen intra-group rivalry (for example, by using competitive bidding, by arranging secret transactions with select sellers or by purchasing output in discrete volumes in order to undermine the implicit output-sharing rule that is necessary to maintain coordinated conduct).

(2) It must be established that the elimination, or at least substantial reduction, of competition at the downstream (e.g. retail) stage of production is possible. This requirement can be met by showing that there are entry and re-entry barriers, that there are no close substitutes, and that the dominant firm or group already has a significant share of the relevant downstream market.

(3) It must be demonstrated that an exclusionary price squeeze has occurred and that it has been sufficiently sustained and systematic to constitute a practice.

(4) It must be established that the dominant firm has a profit motive for extending its market power to a subsequent stage of production. This requirement can be met by demonstrating that the dominant firm's ability to exploit its market power at the stage of production it dominates is limited.

47. Facilitating practices may be aimed at improving the ability of firms to coordinate their actions, or at detecting deviations from the terms of coordination. At the same time, however, such practices may be adopted for business reasons (such as providing price information to consumers or protecting incentives for relation-specific investments) that are unrelated to coordinated conduct. It is necessary to consider the rationale and likely effects of such practices before they are considered as evidence of joint control.

APPENDIX IV: SUMMARY OF COMPETITION TRIBUNAL DECISIONS

Introduction

This appendix provides a brief summary of the six decisions rendered by the Competition Tribunal since the abuse of dominance provisions were introduced in the *Competition Act* in 1986.[48] Four of these cases — *NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* and *Tele-Direct* — involved contested applications. The other two cases, *Interac* and CANYPS, involved joint abuse and were resolved by way of consent orders. All six of these cases have resulted in an order by the Tribunal.

This summary of the decided cases illustrates the Tribunal's position on the key elements of section 79. It also provides specific examples of the type of conduct and the circumstances that the Tribunal has identified and defined as anti-competitive, and the scope and nature of remedies imposed under section 79.

NUTRASWEET

Key facts

Product market:	the artificial sweetener aspartame
Geographic market:	Canada
Market share:	95 percent
Application filed:	June 1989
Tribunal order:	October 1990

Anti-competitive acts

- contract clauses imposed by NutraSweet requiring or inducing exclusivity:
  - — clauses obligating customers to purchase all their aspartame from NutraSweet
  - — discounts and price allowances granted to customers for use of the NutraSweet logo and name
  - — promotional allowances awarded where only the NutraSweet product was used
  - — meet-or-release and most-favoured-nation clauses.

"Substantially lessening competition"

- high market share enjoyed by NutraSweet
- contracts covered 90 percent of the market
- contract exclusivity prevented the entry of competitors
- barriers to entry, including high customer switching costs, sunk costs, a two-year entry period and the economies of scale.

Order

- prohibited NutraSweet from enforcing the contractual terms requiring or inducing exclusivity
- prohibited NutraSweet from entering into future contracts containing these provisions.

Other issues

- The argument made that advantages due to the nonpayment of income taxes and predatory pricing were anti-competitive acts not accepted by the Tribunal.
- No order was made concerning allegations of selling below cost and rebates given to a party to take into account exchange differentials.
- The Tribunal rejected defences raised by NutraSweet of a superior competitive performance and a free rider (i.e. other parties taking advantage of NutraSweet's investment), as well as efficiency and business justifications.

48. *NutraSweet*, *supra* note 2; *Laidlaw*, *supra* note 14; CANYPS, *supra* note 25; Neilsen, *supra* note 15; *Interac*, *supra* note 25; *Tele-Direct*, *supra* note 23.

LAIDLAW

Key facts

Product market:	commercial waste services, collection and disposal
Geographic market:	four local communities on Vancouver Island
Market share:	87 percent
Application filed:	March 1991
Tribunal order:	January 1992

Anti-competitive acts

- acquisition of competitors
- lengthy non-compete clauses in purchase agreements of competitors
- contracting practices:
  - — long-term customer contracts with automatic renewal
  - — excessive liquidated damages
  - — rights of first refusal
  - — intimidation through litigation or its threat to inhibit customers from switching suppliers.

"Substantially lessening competition"

- existence of high prices and increases of these prices, indicating that Laidlaw possessed market power
- contracts between Laidlaw and its customers restricted competition
- high barriers to entry, including Laidlaw's contracting practices, which erected barriers to the development of the necessary client base for new entrants
- acquisition of competitors created local monopoly.

Order

- Laidlaw barred from further acquisitions in three affected markets for three years
- amendments and deletions made to Laidlaw's contracts with respect to rights of first refusal, non-compete clauses, exclusivity requirements and liquidated damages for early termination
- customers no longer obligated to disclose bids by competitors
- initial and renewal terms of contracts reduced to one year
- contract termination possible on 30 days' notice
- notification and information requirements imposed on Laidlaw:
  - — customers to be advised that contract clauses subject to the order were no longer to be applied
  - — Laidlaw required to explain any amendments of contracts to its customers
  - — existence of the order to be made known to customers and managers
  - — employees to be notified in writing that compliance with the Act was company policy
  - — copies of existing and future contracts to be provided to the Bureau.

Other issues

- Laidlaw advanced economic and business justifications for several of the contractual clauses based upon its investments. The Tribunal found that these clauses could not be justified on the basis of efficiency or consumer benefit. The only effect of the clauses was to ensure that customers remained with Laidlaw, thus creating a barrier to entry.
- Laidlaw argued that the mergers were covered by section 91 of the Act and, as such, could not be anti-competitive under section 78. The Tribunal rejected this proposition.
- The Tribunal condemned the use of litigation or Laidlaw's threats of litigation as reprehensible and anti-competitive conduct.

NIELSEN

Key facts

Product market:	scanner-based market tracking services
Geographic market:	Canada
Market share:	100 percent
Application filed:	October 1994
Tribunal order:	April 1995

Anti-competitive acts

- the use of exclusive contracts to deny competitors access to scanner data:
  - — long-term contracts (three years or longer)
  - — most-favoured-nation clause to ensure that no competitor is paid less for data than Nielsen

— strict conditions for termination, including lengthy notification requirements and monetary penalties for early termination
— renewals structured to occur at different times so as to limit the available sources of data, thus creating a barrier to entry
— payment for exclusive access to data, or financial penalties if a retailer supplied data to a competitor.

"Substantially lessening competition"

- 100 percent control by Nielsen, combined with the use of practices designed to bar entry, allowed it to maintain and increase its market power
- Nielsen's practices raised barriers where they did not formerly exist
- nature of the industry did not permit entry over time, since the data needed for comparison was required from the outset.
- intent of the contracts and results of their operation were anti-competitive.

Order

- amendments imposed to the Nielsen contracts:
  — provisions preventing or limiting the supply of data to any party declared to be null and void
  — clauses promoting exclusivity of scanner data rendered unenforceable
  — inducements to limit the supply of data banned
  — use of the most-favoured-nation clause prohibited for 24 months after the issuance of the order
  — same term imposed on all future contracts signed within 18 months of the date of the order
  — long-term contracts for Nielsen's services reduced
- Nielsen ordered to provide 15 months of data, calculated from the date requested by a new entrant competitor, Information Resources, Inc.

Other issues

- The Tribunal considered several arguments seeking to justify Nielsen's practices, but concluded that the denial of access could not be justified on business or efficiency grounds.
- In finding that the acts were anti-competitive, the Tribunal ruled that the existence of a valid business ground did not mitigate the conduct.
- Nielsen argued that its contracts were necessary to prevent a competitor from "free riding" on its investment. This proposition was not accepted by the Tribunal.

TELE-DIRECT

Key facts

Product market:	telephone directory advertising
Geographic market:	local markets across Canada
Market share:	96 percent of advertising space 25 percent of advertising services
Application filed:	December 1994
Tribunal order:	February 1997

Anti-competitive acts

- tied selling of space in Yellow Pages directories to sales services, including advice, design and administration
- discrimination against independent directory publishers, advertising agencies and consultants as to accounts and commissions
- targeted price reductions and other competitive strategies against competitive directories
- refusal to license trademarks.

"Substantially lessening competition"

- telephone directory advertising is a distinct market with no close substitutes
- Tele-Direct had an overwhelming share of the product market
- entry to the market was not easy.

Order

- Tele-Direct to cease the practice of tying space and services
- Tele-Direct to price space and services separately or offer an acceptable commission for the service function
- Tele-Direct to cease discrimination against consultants and customers who use consultants.

Other issues

- Allegations were dismissed with respect to:
  - — targeted anti-competitive acts against publishers, which the Tribunal found to be legitimate competitive responses to entry
  - — anti-competitive acts directed against advertising agencies, on the basis that Tele-Direct was not dominant in this sector of the market and there was no substantial prevention or lessening of competition
  - — witholding of the Yellow Pages and Walking Fingers logos, which the Tribunal found to be a legitimate exercise of rights under the *Trade-Marks Act*.

INTERAC

Key facts

Product market:	services associated with the electronic banking network, on which transactions are made through automated banking machines and debit cards
Geographic market:	Canada
Market share:	100 percent
Application filed:	December 1995
Tribunal order:	June 1996

Anti-competitive acts

- prohibition of new members
- higher membership fees for competing financial services providers
- service fees charged to entities that had no direct connection to the system but were obligated to go through another member
- limitations on price competition and services.

"Substantially lessening competition"

- high barriers to entry and no alternative networks
- limited access to the main system
- limited service and price competition.

Consent order

- required the respondents to amend the by-laws of Interac in order to:
  - — remove restrictions on membership by other financial institutions
  - — allow indirect access by other commercial entities
  - — modify the governance of Interac with respect to the composition of its board
  - — modify pricing practices and procedures for approving new network services.

CANYPS (Canadian Yellow Pages Service)

Key facts

Product market:	national Yellow Pages advertising
Geographic market:	Canada
Market share:	90 percent
Application filed:	September 1994
Tribunal order:	November 1994

Anti-competitive acts

- restrictions, known as the "head office rule," imposed on the sale of national advertising, requiring customers to arrange all national Yellow Pages advertising with the publisher serving the province where its head office was located.

"Substantially lessening competition"

- allegation by the Bureau that the arrangements among the members of CANYPS prevented competition between them and prevented the entry of independent sales agents into this market
- 90 percent of market controlled by respondents.

Consent order

- respondents prohibited from:
  - — maintaining the head office rule
  - — maintaining exclusive selling arrangements
  - — refusing to deal with selling companies

— discriminating between selling companies
— refusing to license Yellow Pages trademarks to selling companies
— agreeing on commissions or account eligibility criteria for commissions
— denying selling companies access to rates and other data published by CANYPS

- respondents required to provide the Bureau with minutes of all CANYPS meetings until July 1998, and a standard licensing agreement for trademarks.

Gouvernement du Canada | Government of Canada

Bureau de la concurrence

LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DES DISPOSITIONS SUR L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

(articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*)

Canada

BUREAU DE LA CONCURRENCE

Bureau de la concurrence

LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DES DISPOSITIONS SUR L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

(articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*)

Juillet 2001

Pour obtenir d'autres exemplaires de la présente publication ou des renseignements sur les activités du Bureau, s'adresser au Centre des renseignements du Bureau de la concurrence :

Bureau de la concurrence
Industrie Canada
50, rue Victoria
Hull (Québec) K1A 0C9

Téléphone : (819) 997-4282
Numéro sans frais : 1 800 348-5358
ATS (pour malentendants) : 1 800 642-3844
Télécopieur : (819) 997-0324
Télécopieur automatique : (819) 997-2869

Site Web : **http://concurrence.ic.gc.ca**
Courriel : **burconcurrence@ic.gc.ca**

Pour obtenir des renseignements sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux fusionnements, y compris celles qui ont trait à la présentation d'un avis de transaction proposée, s'adresser à la :

Direction des fusionnements
Bureau de la concurrence
Industrie Canada
50, rue Victoria
Hull (Québec) K1A 0C9

Téléphone : (819) 953-7092
Télécopieur : (819) 953-6169

On peut obtenir cette publication sur demande en médias substituts. Communiquer avec le Centre de diffusion de l'information dont les coordonnées figurent ci-dessous.

Centre de diffusion de l'information
Direction générale des communications et du marketing
Industrie Canada
Bureau 268D, tour Ouest
235, rue Queen
Ottawa (Ontario) K1A 0H5

Téléphone : (613) 947-7466
Télécopieur : (613) 954-6436
Courriel : **publication@ic.gc.ca**

Autorisation de reproduction
Sauf indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en totalité ou en partie et par tout moyen, sans frais et sans autre autorisation d'Industrie Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée dans le but d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, qu'Industrie Canada soit identifié comme étant la source de l'information et que la reproduction ne soit pas présentée comme une version officielle de l'information reproduite ni comme ayant été faite en association avec Industrie Canada ou avec l'approbation de celui-ci.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication dans un but commercial, veuillez envoyer un courriel à **Copyright.Droitsdauteur@pwgsc.gc.ca**

Nota — Dans cette publication, la forme masculine désigne tant les femmes que les hommes.

N° de catalogue C2-566/2001
ISBN 0-662-65747-0
53377B

Contient 50 p. 100
de matières recyclées

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE 1

PARTIE 1 — INTRODUCTION 6

1.1 OBJET DES LIGNES DIRECTRICES 6

1.2 STRUCTURE DES LIGNES DIRECTRICES 6

1.3 OBJET DES DISPOSITIONS RELATIVES À L'ABUS DE POSITION DOMINANTE 6

PARTIE 2 — CADRE INSTITUTIONNEL DES MESURES D'APPLICATION 9

2.1 FONCTIONS D'ENQUÊTE ET FONCTIONS DÉCISIONNELLES 9

2.2 PROCESSUS D'EXAMEN OU D'ENQUÊTE 9

2.3 DÉCISIONS FAISANT SUITE AUX EXAMENS OU AUX ENQUÊTES 11

2.4 PROCÉDURE SUIVIE DEVANT LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE 11

PARTIE 3 — ÉLÉMENTS DU PARAGRAPHE 79(1) 12

3.1 DISPOSITION LÉGISLATIVE 12

3.2 ÉLÉMENTS 13

3.2.1 « Une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » 13

3.2.2 « Se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels » 20

3.2.3 « La pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » 22

3.2.4 Évaluation des effets des agissements anticoncurrentiels 22

PARTIE 4 — AGISSEMENTS ANTICONCURRENTIELS : ARTICLE 78 23

4.1 ASPECTS ÉCONOMIQUES DES AGISSEMENTS ANTICONCURRENTIELS 23

4.2 AUGMENTATION DES COÛTS DES CONCURRENTS ET MAINMISE SUR UN MARCHÉ 23

4.2.1 Accès aux consommateurs — Réduction des revenus des entreprises rivales 25

4.3 CONDUITE D'ÉVICTION 26

4.4 PRATIQUES FACILITANTES 28

PARTIE 5 — MESURES CORRECTIVES 30

5.1 Autres instruments de règlement des cas 30

5.2 Ordonnances du Tribunal de la concurrence 30

5.3 Restrictions et exceptions 31

5.3.1 Paragraphe 79(3) — Droits de la personne 31

5.3.2 Paragraphe 79(4) — Rendement concurrentiel supérieur 31

5.3.3 Paragraphe 79(5) — Exercice des droits de propriété intellectuelle 31

5.3.4 Paragraphe 79(6) — Prescription de trois ans 32

5.3.5 Paragraphe 79(7) — Procédures engagées en vertu de l'article 45 ou de l'article 92 32

ANNEXE I DISPOSITIONS DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE* RELATIVES À L'ABUS DE POSITION DOMINANTE (ARTICLES 78 ET 79) 33

ANNEXE II APERÇU DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS ÉTABLIS PAR LA JURISPRUDENCE 36

ANNEXE III COMPRESSION VERTICALE CONSTITUANT UNE PRATIQUE D'EXCLUSION 38

ANNEXE IV RÉSUMÉ DES DÉCISIONS RENDUES PAR LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE 43

SOMMAIRE

Objet et portée des présentes lignes directrices

S'inscrivant dans le cadre des efforts continus du Bureau de la concurrence (« le Bureau ») pour assurer une politique d'application transparente et prévisible, les présentes lignes directrices visent à donner un aperçu de la position du Bureau sur l'application des articles 78 et 79 de *la Loi sur la concurrence* (« la Loi ») relatifs à l'abus de position dominante.

Ces lignes directrices se composent des cinq parties suivantes :

Partie 1 — Introduction;
Partie 2 — Cadre institutionnel des mesures d'application;
Partie 3 — Éléments du paragraphe 79(1);
Partie 4 — Agissements anticoncurrentiels : article 78;
Partie 5 — Mesures correctives.

Définition d'« abus de position dominante »

Il y a abus de position dominante lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises dominant un marché adoptent un comportement qui a pour objet d'éliminer un concurrent ou de le mettre au pas, ou encore de dissuader des concurrents éventuels d'entrer dans ce marché, avec l'objectif d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché en cause. Les dispositions des articles 78 et 79 établissent les paramètres d'un comportement concurrentiel légitime. Elles prévoient aussi des mesures correctives à l'endroit des entreprises qui se livrent à des activités anticoncurrentielles dont l'objet est de nuire aux concurrents ou de les éliminer, de façon à maintenir, à accroître ou à consolider leur puissance commerciale.

La politique d'application du Bureau est de s'attaquer avec énergie aux dossiers qui relèvent des pratiques visées par l'article 79. Les présentes lignes directrices indiquent clairement que l'article 79 n'a pas pour objet d'interdire la présence, sur un marché donné, d'une dominance ou d'une puissance commerciale, mais plutôt de traiter de l'« abus » d'une position dominante qui a pour résultat d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Même si la possibilité d'augmenter les prix ou de maintenir des prix élevés indique dans bien des cas l'existence d'une position dominante dans un marché, ou l'exercice d'une puissance commerciale, le fait d'avoir des prix élevés, à lui seul, n'empêche pas ou ne restreint pas nécessairement la concurrence. Les présentes lignes directrices indiquent clairement qu'en appliquant les dispositions de l'article 79, le Bureau ne cherchera pas à modifier les règles du jeu en faveur d'un participant donné, ni ne protégera les concurrents des défis de la concurrence légitime.

Le paragraphe 79(1) énonce trois éléments essentiels, qui doivent tous être établis pour que le Tribunal de la concurrence (« le Tribunal ») rende une ordonnance. Ces éléments sont les suivants :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

Démarche que suit le Bureau pour déterminer s'il y a dominance

La première question que le Bureau doit trancher lorsqu'il examine une allégation d'abus est donc de savoir « si une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions ». Pour l'application de l'article 79, le Bureau donne aux termes « catégorie ou espèce d'entreprises »

le sens de marché de produits pertinent. De la même façon, il interprète l'expression « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » en lui donnant le sens de marché géographique pertinent. Pour définir les marchés pertinents, le Bureau utilise un concept économique courant qui tient compte de divers facteurs, dont les plus importants sont la disponibilité de proches substituts, les frais de transport et les frais que doit assumer un client pour changer de fournisseur.

L'expression « contrôlent sensiblement ou complètement », qui renvoie au concept répandu de dominance, est, pour le Bureau, synonyme de puissance commerciale. L'indication la plus simple de l'existence d'une puissance commerciale est sa capacité d'augmenter les prix d'une façon rentable au-delà des niveaux concurrentiels et ce, pendant une période prolongée. Il est parfois difficile d'évaluer directement la puissance commerciale. C'est pourquoi le Bureau recueille des éléments de preuve et évalue un certain nombre de facteurs qualitatifs et quantitatifs, notamment, les changements technologiques, les mouvements récents du marché (entrée ou sortie), la capacité d'approvisionnement de l'industrie et le pouvoir compensateur des clients et des distributeurs. Le Bureau attache cependant la plus grande importance aux facteurs clés que sont la part de marché et les obstacles à l'entrée.

Le but de cette analyse est de déterminer, pour un marché donné, dans quelle mesure la présence d'une concurrence réelle ou la probabilité d'une entrée concurrentielle sont susceptibles d'empêcher une entreprise ou un groupe d'entreprises sur le marché en cause de fixer des prix dépassant les niveaux concurrentiels. En ce qui concerne les obstacles à l'entrée, le Bureau se demandera non seulement si l'entrée est possible ou probable, mais il évaluera aussi le temps nécessaire à un nouveau venu pour devenir un concurrent viable et efficace.

Toutes choses étant égales par ailleurs, plus la part du marché que détient une entreprise ou un groupe d'entreprises agissant de concert est grande, plus il y a de chances que celles-ci constituent une puissance commerciale. Étant donné que la tentative d'exercer une puissance commerciale peut être affectée par d'autres facteurs et que la répartition des parts de marché entre d'autres concurrents peut avoir une grande importance, il n'y a pas de corrélation directe entre « part de marché » et « dominance ». Il y a toutefois des principes généraux qui peuvent servir de guide à l'évaluation d'allégations d'abus de position dominante, et ceux sur lesquels se base le Bureau sont les suivants :

- une part de marché inférieure à 35 p. 100 ne suscitera généralement pas d'inquiétudes quant à l'existence d'une puissance commerciale ou d'une dominance;
- une part de marché de 35 p. 100 et plus donnera généralement lieu à un examen;
- dans le cas d'un groupe d'entreprises visées par une allégation de domination conjointe, une part de marché combinée de 60 p.100 ou plus donnera généralement lieu à un examen.

L'expression « une ou plusieurs personnes » de l'article 79 s'applique au cas d'un groupe d'entreprises dont aucune, à elle seule, n'exerce de dominance, mais qui, ensemble, peuvent constituer une puissance commerciale. Dans l'évaluation des cas où l'on retrouve des allégations de domination conjointe, le Bureau cherchera à savoir :

a) si les entreprises du groupe détiennent, ensemble, une partie importante du marché concerné;
b) si les entreprises du groupe agissent de façon coordonnée et si ce comportement est anticoncurrentiel;
c) s'il existe des obstacles à l'entrée au sein du groupe, ou dans le marché pertinent;
d) si des membres du groupe ont pris des mesures pour prévenir la concurrence entre eux;
e) si les clients peuvent exercer un pouvoir compensateur pour atténuer les effets de la tentative d'abus.

« Pratique d'agissements anticoncurrentiels »

Une fois que le Bureau a défini le produit et le marché géographique pertinents et que les conditions permettant de conclure à l'existence d'une position dominante sont réunies, il doit établir le deuxième élément exigé en vertu de l'article 79 — que l'entreprise ou les entreprises en question se sont livrées à une « pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Le mot « pratique » désigne habituellement plus qu'un acte isolé. Selon la jurisprudence, le mot « pratique » utilisé à l'article 79 peut englober un événement qui se prolonge ou qui se reproduit de façon systématique pendant un certain temps, ou encore un certain nombre d'agissements différents qui, ensemble, ont pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

L'article 78 comporte une liste d'agissements potentiellement anticoncurrentiels, dont aucun ne constitue en soi ou à lui seul un abus de position dominante. Fondamentalement pour qu'une pratique soit jugée anticoncurrentielle, elle doit comporter, soit dans l'intention, l'objet ou la fin qu'elle poursuit, un élément d'éviction, d'exclusion ou de mise au pas.

Les agissements anticoncurrentiels énumérés à l'article 78 sont, en résumé, les suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accordée à un client qui est aussi un concurrent dudit fournisseur;
b) le fait, pour un fournisseur, d'acquérir un client qui lui fait concurrence et d'ainsi éliminer, *ipso facto*, un concurrent;
c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but de freiner ou d'éliminer la concurrence;
d) l'utilisation sélective de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;
e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent;
f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des prix;
g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par un concurrent en vue d'empêcher l'entrée de celui-ci dans un marché ou de l'en éliminer;
h) le fait de faire pression sur un fournisseur pour qu'il vende uniquement ou principalement à certains clients;
i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur à leur coût d'acquisition dans le but de mettre au pas ou d'éliminer un concurrent;
j) certains agissements d'un exploitant d'un service de transport aérien intérieur;
k) le fait, pour un exploitant d'un service de transport aérien, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou à des services essentiels à l'exploitation dans un marché de service aérien, ou de refuser de fournir ces installations ou services à ces mêmes conditions raisonnables[1].

La liste des agissements anticoncurrentiels figurant à l'article 78 ne saurait être considérée comme étant exhaustive. Dans certains cas, le Bureau a allégué, et le Tribunal a reconnu, que certaines pratiques non mentionnées à l'article 78 constituent aussi des agissements anticoncurrentiels pouvant faire l'objet d'une ordonnance en vertu de l'article 79. Mentionnons, à titre d'exemple, les accords d'exclusivité que les fournisseurs signent avec des clients et qui ont pour effet d'empêcher les concurrents d'avoir accès au marché. En plus des commentaires sur les

1. Le 5 juillet 2000, des modifications à la *Loi sur la concurrence* reliées à l'industrie du transport aérien sont entrées en vigueur et le 23 août 2000, un nouveau règlement est aussi entré en vigueur. Le 8 février 2001, le Bureau a émis, pour consultation, une ébauche des *Lignes directrices pour l'application de la loi — L'abus de position dominante dans l'industrie du transport aérien*.

agissements anticoncurrentiels qui figurent à la partie 4 des présentes lignes directrices, le lecteur trouvera à l'annexe III des explications sur la question de la compression de la marge bénéficiaire par des fournisseurs intégrés verticalement.

D'après les décisions rendues en application de l'article 79, l'intention ou le but anticoncurrentiel peut être établi soit au moyen d'éléments de preuve directs, soit encore à partir de déductions fondées sur les effets probables d'une pratique concurrentielle dans les circonstances particulières d'un cas.

Contrairement aux dispositions de la Loi au sujet des fusionnements, l'article 79 ne prévoit, lors de l'évaluation des agissements présumés anticoncurrentiels, aucune défense explicite qui serait fondée sur un gain en efficience, même s'il se peut que les agissements en cause aient cet effet. Lorsqu'il est prouvé qu'une pratique d'agissements anticoncurrentiels a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, le Bureau, se conformant à ce principe, tentera de trouver une solution avec la partie concernée. Si la chose s'avère impossible, le Bureau portera l'affaire devant le Tribunal.

Critère de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence

Le sens des mots « prévenir ou diminuer sensiblement la concurrence » est établi dans la jurisprudence. La question est de savoir si une pratique d'agissements anticoncurrentiels à laquelle s'adonnent une entreprise ou un groupe d'entreprises leur permet de préserver, d'accroître ou de consolider leur puissance commerciale. L'accent est donc mis sur la concurrence proprement dite plutôt que sur les concurrents eux-mêmes, considérés isolément. Dans chaque cas, l'ampleur de la dominance, la nature et la gravité des agissements anticoncurrentiels et la capacité concurrentielle dont jouit encore le marché sont tous des facteurs pris en compte dans la décision.

Cadre institutionnel des mesures d'application

Le rôle du Bureau consiste à mener des enquêtes en vertu de la Loi, en tenant compte avant tout de l'intérêt public. Le Bureau n'est pas autorisé, en vertu de la Loi, à forcer directement une ou plusieurs entreprises à modifier leur comportement. Il doit présenter une demande au Tribunal et intervenir lui-même comme partie au litige. Dans les cas relevant de l'article 79, le Bureau doit présenter une preuve destinée à convaincre le Tribunal que tous les éléments dudit article sont réunis et qu'une ordonnance corrective est justifiée.

Au cours d'une enquête, le Bureau fera habituellement connaître aux parties concernées ses préoccupations touchant toute violation présumée de l'article en cause. Les parties dont la conduite fait l'objet d'une enquête peuvent, si elles le désirent, proposer un mode de règlement de nature à satisfaire le Bureau, et qui ne requiert pas de recours au Tribunal.

Lorsque le Bureau croit qu'il est justifié de présenter une demande au Tribunal, il dispose, pour ce faire, d'un certain nombre d'options. Il peut plaider, par exemple, une demande contestée. S'il est parvenu à s'entendre avec l'entreprise ou le groupe d'entreprises soumis à examen sur la manière de corriger la situation, il peut aussi régler l'affaire au moyen d'une ordonnance par consentement, qui devra toutefois être soumise à l'approbation du Tribunal.

Mesures correctives

Les dispositions relatives à l'abus de position dominante accordent au Tribunal de vastes pouvoirs en fait de mesures correctives. Lorsqu'il juge que les éléments de l'article 79 sont réunis, le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à l'entreprise ou aux entreprises concernées de poursuivre la pratique des agissements anticoncurrentiels qui a donné lieu au litige. De plus, si le Tribunal conclut que

l'ordonnance d'interdiction n'est pas suffisante pour rétablir la concurrence dans le marché en question, il peut alors rendre une ordonnance prévoyant l'application de toute mesure qu'il juge raisonnable et nécessaire, par exemple le dessaisissement d'éléments d'actif ou d'actions, pour enrayer les effets des agissements anticoncurrentiels imputables à la partie incriminée.

Bien que le Tribunal, en vertu de l'article 79, soit investi d'un vaste pouvoir en fait de mesures correctives, ce même article énonce également un certain nombre de restrictions, d'exceptions et de précisions quant aux ordonnances que le Tribunal peut rendre et aux demandes que le commissaire de la concurrence peut présenter.

Conclusion

Le Tribunal a rendu à ce jour six décisions en vertu des dispositions relatives à l'abus de position dominante. Ces décisions fournissent des éléments de jurisprudence sur la plupart des éléments clés de l'article 79. Il reste cependant des cas d'espèce, tels que la domination conjointe et la compression verticale, sur lesquels la jurisprudence est très mince, voire inexistante. Le Bureau a donc voulu, en élaborant les présentes lignes directrices, donner un aperçu de la jurisprudence qui ressort des décisions rendues à ce jour en vertu de l'article 79, et expliquer sa position sur l'application des dispositions de ce même article pour lesquelles il n'existe encore aucune jurisprudence.

Le présent document n'est toutefois pas un guide qui permettrait de régler toutes les situations. Ce sont plutôt les circonstances particulières à chaque cas qui détermineront finalement la façon dont le Bureau exercera sa compétence. En conformité avec son Programme des avis consultatifs, le Bureau a toujours donné son avis, par le passé, sur la pertinence et l'applicabilité de solutions proposées par les entreprises. Toute personne peut donc s'adresser au Bureau pour vérifier si les solutions envisagées poseraient problème au regard de la Loi.

Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec le Bureau, dont les coordonnées figurent ci-dessous :

Centre des renseignements
Bureau de la concurrence
Industrie Canada
50, rue Victoria
Hull (Québec) K1A 0C9

Téléphone : (819) 997-4282
Numéro sans frais : 1 800 348-5358
ATS (pour les malentendants) : 1 800 642-3844

Télécopieur : (819) 997-0324
Télécopieur automatique : (819) 997-2869

Site Web : **http://concurrence.ic.gc.ca**
Courriel : **burconcurrence@ic.gc.ca**

PARTIE 1 INTRODUCTION

1.1 Objet des lignes directrices

Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* (« la Loi ») relatives à l'abus de position dominante, celles qui régissent l'examen des fusionnements et celles, enfin, qui portent sur l'interdiction des complots de nature criminelle, constituent, pour ainsi dire, le cœur même de la législation canadienne sur la concurrence. Les présentes lignes directrices s'adressent au grand public, ainsi qu'aux gens d'affaires et à leurs conseillers juridiques et économiques. Elles ont été conçues pour les aider à mieux comprendre l'objet des dispositions sur l'abus de position dominante, et l'approche généralement suivie par le Bureau de la concurrence (« le Bureau ») pour assurer leur application.

Depuis que ces dispositions sont entrées en vigueur en 1986, le Tribunal de la concurrence (« le Tribunal ») a rendu un certain nombre de décisions qui font aujourd'hui jurisprudence concernant les éléments clés des dispositions sur l'abus de position dominante. La Loi contient toutefois certains éléments sur lesquels le Tribunal n'a pas encore eu à se pencher dans le cadre des litiges qu'il a été appelé à trancher. Le Bureau a donc élaboré une approche en vue de l'application des éléments qui n'ont jusqu'ici donné lieu à l'élaboration d'aucune jurisprudence.

1.2 Structure des lignes directrices

Les présentes lignes directrices se composent de cinq parties et de quatre annexes :

- la partie 1 comporte une introduction et un aperçu de l'évolution des dispositions sur l'abus de position dominante;
- la partie 2 présente une description du cadre institutionnel des mesures d'application des dispositions concernées;
- la partie 3 renferme des commentaires détaillés fondés sur des décisions rendues par le Tribunal et portant sur les éléments clés de l'article 79;
- la partie 4 traite des agissements anticoncurrentiels prévus à l'article 78;
- la partie 5 est réservée aux mesures correctives que le Tribunal peut imposer en application de l'article 79;
- l'annexe I reproduit les articles 78 et 79 de la Loi ainsi que quelques autres articles de la même Loi, tous relatifs à l'abus de position dominante;
- l'annexe II contient un aperçu des éléments essentiels établis dans la jurisprudence;
- l'annexe III présente l'approche du Bureau dans le traitement des allégations d'abus de position dominante mettant en cause des industries caractérisées par l'intégration verticale et la distribution mixte;
- l'annexe IV constitue un résumé des affaires tranchées à ce jour par le Tribunal.

1.3 Objet des dispositions relatives à l'abus de position dominante

La promulgation de la Loi, en 1986, a marqué un changement majeur dans le traitement législatif des monopoles et des entreprises dominantes. Avant 1986, le mot « monopole » était défini dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* comme la situation dans laquelle une ou plusieurs personnes contrôlent, pour une grande part ou complètement, une catégorie ou espèce d'entreprise qu'elles exploitent au détriment ou à l'encontre de l'intérêt public. La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a alors créé une infraction

criminelle correspondant à cette définition. Celle-ci ne renfermait par ailleurs aucun élément qui aurait permis de définir ce qu'il fallait entendre par « au détriment de ». Vu cette absence, il était très difficile de prouver, hors de tout doute raisonnable (comme l'exige le droit criminel), l'existence d'un détriment. Il est donc devenu évident, au fil du temps, que le droit criminel n'était pas l'instrument approprié pour régler les cas d'abus de position dominante.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1986, l'examen des activités des entreprises dominantes et des monopoles relève du droit civil. L'article 79 a aussi permis de clarifier l'opinion du Parlement, à savoir que la simple existence d'une entreprise dominante ou même d'un monopole, y compris la puissance commerciale correspondante, ne suffit pas, à elle seule, à justifier l'application des dispositions législatives sur la concurrence. Le fait de hausser les prix, ou d'offrir aux consommateurs des niveaux de service et un choix inférieurs à ceux qu'on trouve normalement dans un marché fortement concurrentiel, ne constitue pas en soi un abus de position dominante.

Le Tribunal a plutôt décidé qu'il y a abus lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises dominantes se livrent à une conduite qui est de nature à constituer une forme d'exclusion, de mise au pas ou d'éviction à l'endroit des concurrents en place ou de concurrents potentiels, ce qui a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence[2]. Cette distinction est importante, car il est évident que le résultat recherché est de préserver la concurrence dans les marchés et non pas d'offrir un mécanisme de protection dont pourraient se prévaloir des concurrents individuels.

L'objectif des dispositions relatives à l'abus de position dominante est de fixer des paramètres à l'intérieur desquels toutes les entreprises opérant dans un marché donné auront la possibilité de réussir — ou d'échouer — en fonction de leur capacité de faire face à la concurrence. Faire régner des règles de cette sorte dans un marché ne veut toutefois pas dire créer l'égalité entre les concurrents en place. L'objectif des dispositions sur l'abus de position dominante est plutôt de promouvoir une concurrence réelle et non les intérêts d'un concurrent ou d'un groupe de concurrents en particulier. Il n'y a donc pas lieu d'invoquer les dispositions en cause pour tenter de modifier les règles du jeu en faveur d'entreprises qui ne sont pas, par ailleurs, en mesure de faire concurrence à des rivaux plus efficaces ou mieux organisés.

La politique sur la concurrence vise à encourager la concurrence plutôt qu'à pénaliser les entreprises efficaces et bien gérées qui se livrent à une concurrence vigoureuse tout en restant dans les limites de la légitimité. Il existe dans tous les marchés des entreprises qui sont en meilleure position que d'autres pour s'adonner au jeu de la concurrence. Certaines peuvent posséder des produits de qualité supérieure, des méthodes de distribution plus efficaces ou une expertise plus poussée en matière de mise en marché. Les entreprises peuvent également utiliser différentes stratégies concurrentielles, notamment divers niveaux d'intégration verticale. Il est normal que, dans le cadre d'une saine concurrence, certaines entreprises réussissent alors que d'autres échouent. Les dispositions sur l'abus de position dominante visent à fixer, à l'égard des entreprises dominantes, les limites d'un comportement concurrentiel légitime et à prévoir les mesures correctives applicables contre celles qui

2. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet* [1990], 32 C.P.R. (3d) 1 (Tribunal de la concurrence) [ci-après *NutraSweet*].

outrepassent ces limites dans le dessein de nuire à leurs concurrents ou de les éliminer, de façon à maintenir, à accroître ou à consolider leur puissance commerciale.

Pour trancher une allégation d'infraction aux dispositions sur l'abus de position dominante, il est nécessaire d'examiner et d'analyser la situation de l'industrie dans laquelle opèrent la partie ou les parties concernées et les circonstances propres à chaque cas. Ainsi, les agissements anticoncurrentiels employés par une entreprise dont la part de marché est relativement faible et qui se trouve au sein d'une industrie plutôt ouverte, ne déclencheront vraisemblablement pas d'enquête et donneront encore moins lieu au dépôt d'une demande devant le Tribunal. Toutefois, si les mêmes agissements anticoncurrentiels sont le fait d'une entreprise qui occupe une part importante de marché au sein d'une industrie fermée, il se pourrait fort bien que le Bureau intervienne. Par conséquent, pour savoir si la conduite reprochée va à l'encontre des dispositions sur l'abus de position dominante, il est nécessaire d'évaluer les agissements en question dans le contexte de la structure du marché ainsi que des autres caractéristiques qui lui sont propres. Il est donc impossible d'énoncer à l'avance et avec précision, dans les présentes lignes directrices, des règles qui seraient universellement applicables et qui permettraient de décider rapidement si telle ou telle conduite constitue un abus de position dominante. Étant donné toutefois que ces lignes directrices sont fondées en partie sur la jurisprudence disponible et sur l'expérience acquise par le Bureau dans l'exercice de ses fonctions, elles devraient contribuer à accroître le respect de la Loi et permettre de mieux comprendre l'approche du Bureau dans la mise en application des dispositions en cause.

PARTIE 2 CADRE INSTITUTIONNEL DES MESURES D'APPLICATION

2.1 Fonctions d'enquête et fonctions décisionnelles

La *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*[3] créent une nette distinction entre les fonctions d'enquête et les fonctions décisionnelles. En vertu de la première loi, le commissaire de la concurrence[4] est investi de la responsabilité des enquêtes et il dispose, à cette fin, de vastes pouvoirs[5]. Pour sa part, le Tribunal est chargé de trancher les poursuites engagées en vertu des dispositions civiles de la Loi, notamment celles qui portent sur l'abus de position dominante[6].

Seul le commissaire peut présenter une demande d'ordonnance corrective au Tribunal. De la même façon, le Tribunal ne peut examiner une question en application de la Loi que sur demande du commissaire. Lorsqu'une demande a été déposée auprès du Tribunal, il appartient au commissaire de prouver à celui-ci que tous les éléments de l'article 79 sont réunis et que le Tribunal devrait rendre une ordonnance[7]. En d'autres termes, le commissaire ne peut forcer directement une entreprise à modifier son comportement. Il peut uniquement intervenir comme partie à un litige devant le Tribunal et doit prouver l'existence de motifs justifiant une ordonnance.

2.2 Processus d'examen ou d'enquête

Il incombe au Bureau de mener ses enquêtes de manière impartiale, en tenant compte de l'intérêt public plutôt que des conséquences pour les intérêts privés des participants du marché. Certains plaignants, qui ont mal interprété l'objet des dispositions sur l'abus de position dominante, ont cru pouvoir s'en servir pour se protéger des répercussions de la concurrence légitime ou assurer à leur entreprise une position rentable. Comme il est mentionné à la section 1.3 des présentes lignes directrices, tel n'est pas l'objet des dispositions mentionnées. Le Bureau examine les plaintes où les différents éléments des dispositions législatives applicables sont réunies et qui soulèvent l'importante question de savoir s'il y a eu prévention ou diminution de la concurrence.

Le Bureau mène une enquête avant que le commissaire ne présente une demande au Tribunal. Les examens menés en vertu de la Loi débutent habituellement par suite d'une plainte. Dans les cas d'abus de position dominante, les plaintes peuvent provenir d'entreprises qui soutiennent que certaines pratiques de leurs concurrents les empêchent d'accéder à un marché ou de soutenir la concurrence.

3. Ces deux lois sont entrées en vigueur en juin 1986.
4. Appelé directeur des enquêtes et recherches avant les modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* en mars 1999.
5. Le commissaire de la concurrence, désigné par le gouverneur en conseil, doit assurer et contrôler l'application de la *Loi sur la concurrence* en qualité de chef du Bureau de la concurrence.
6. Le Tribunal de la concurrence se compose de juges de la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada, dont l'un agit en qualité de président, ainsi que de membres qui possèdent des connaissances spécialisées en commerce et en économique.
7. La norme de preuve exigée en matière civile est celle « de la prépondérance des probabilités ».

Sur réception d'une plainte, le Bureau procède à un examen préliminaire afin d'établir les faits à la lumière desquels il cherchera à savoir : (i) s'il existe un problème possible en vertu de la Loi; (ii) si la tenue d'une enquête formelle fondée sur la Loi est justifiée; et, dans l'affirmative, (iii) en vertu de quelles dispositions de la Loi l'enquête doit être menée. Le commissaire ouvrira une enquête s'il estime qu'en vertu de la partie VIII, qui renferme les dispositions sur l'abus de position dominante, il existe des motifs justifiant une ordonnance. L'institution d'une telle enquête confère au commissaire des pouvoirs d'enquête officiels[8].

Dans bien des cas, les allégations d'abus de position dominante peuvent donner lieu à un examen en vertu d'autres dispositions civiles et criminelles plus précises. Les enquêtes du commissaire peuvent être suffisamment vastes pour englober les possibilités de contravention à plusieurs articles de la Loi[9]. La détermination finale des dispositions de la Loi que le commissaire invoquera dans un cas donné dépendra des faits qui caractérisent celui-ci. Il convient toutefois de souligner que l'une des caractéristiques des dispositions sur l'abus de position dominante réside dans le large éventail des mesures correctives susceptibles d'être obtenues au moyen d'une ordonnance du Tribunal.

Dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête officiels, le commissaire peut chercher à obtenir de la cour l'autorisation d'enjoindre des personnes de fournir les renseignements nécessaires au complément de l'enquête. L'article 11 de la Loi permet au commissaire d'obtenir de la Cour l'autorisation d'exiger la production de documents, la présentation de déclarations écrites fournissant les renseignements requis ou la comparution d'une personne pour interrogation sous serment. Le commissaire peut aussi, en vertu de l'article 15, procéder à des perquisitions et à la saisie d'éléments de preuve.

Au cours de ses enquêtes, le Bureau utilise différentes méthodes pour obtenir tous les renseignements pertinents. Ceci comprend habituellement les renseignements se trouvant en possession des plaignants, d'autres participants du marché, ainsi que de l'entreprise ou des entreprises faisant objet de l'enquête. Ces renseignements sont analysés attentivement à la lumière du cadre juridique et économique des dispositions législatives. Dans bien des cas, le Bureau complétera son évaluation en obtenant des avis juridiques et économiques spécialisés ou des renseignements d'experts de l'industrie. Lorsque la preuve démontre l'existence de motifs justifiant la présentation d'une demande au Tribunal, les parties visées par la demande d'ordonnance ont la possibilité de fournir au Bureau des renseignements supplémentaires ou de lui faire connaître quelles mesures, s'il en est, elles seraient disposées à prendre pour régler la situation.

La procédure d'enquête est assujettie à différentes mesures de protection, de contrôle et de contrepoids. Le paragraphe 10(3) de la Loi exige que toutes les enquêtes soient menées en privé. De plus, le commissaire ne peut exercer les pouvoirs d'enquête officiels qu'avec le consentement

8. Non seulement le commissaire est-il à autorisé à ouvrir une enquête, mais l'article 9 de la *Loi sur la concurrence* prévoit que six personnes résidant au Canada peuvent s'adresser au commissaire pour demander l'institution d'une enquête. De plus, selon l'article 10, le ministre de l'Industrie peut ordonner au commissaire d'ouvrir une enquête. C'est cependant le commissaire qui déclenche la grande majorité des enquêtes, étant venu à la conclusion que, compte tenu de la plainte et de l'examen préliminaire, il y a des « motifs raisonnables de croire » qu'il y a eu contravention à la Loi.
9. Ainsi, une allégation d'abus de position dominante peut tout aussi bien concerner l'application de prix d'éviction, pratique visée par le paragraphe 50(1) des dispositions criminelles, le refus de fournir un client, visé par l'article 75 ou 61, ou l'exclusivité qui, tout comme les cas de restriction et de ventes liées, peut être traitée en vertu de l'article 77.

préalable de la cour. En raison de la nécessité de respecter le principe de l'application régulière de la loi, de la complexité des questions à trancher, du volume de renseignements et de l'ampleur de l'analyse que le Bureau doit mener pour prendre après l'enquête des décisions justifiées, la procédure d'enquête demande beaucoup de temps et de ressources.

2.3 Décisions faisant suite aux examens ou aux enquêtes

La décision finale faisant suite à un examen ou à une enquête découle de la preuve qui permet de conclure ou non que les éléments du paragraphe 79(1) sont réunis. Si le commissaire répond par la négative à cette question, l'enquête se termine. Le commissaire produit alors, au nom du ministre de l'Industrie, un rapport officiel écrit faisant état des renseignements obtenus et expliquant les motifs de la discontinuation de l'enquête[10]. La partie ou les parties ciblées par l'examen ainsi que le(s) plaignant(s) sont ensuite avisés par écrit. Le commissaire peut présenter une demande au Tribunal lorsqu'il a des motifs de le faire. La partie 5 des présentes lignes directrices énonce les mesures correctives applicables en vertu de l'article 79 et passe en revue les différentes solutions qui sont de nature à satisfaire le Bureau sans qu'il soit nécessaire de porter l'affaire devant le Tribunal.

2.4 Procédure suivie devant le Tribunal de la concurrence

Dans les cas où le commissaire conclut à l'existence de motifs lui permettant de demander au Tribunal de rendre une ordonnance corrective, une demande peut être déposée sur consentement[11]. Cela se produit seulement lorsque la partie intimée et le commissaire se sont entendus pour proposer au Tribunal une solution qui soit de nature à régler le problème de concurrence en question. Si aucune entente de cette nature n'a pu être conclue avec la partie intimée, le commissaire dépose alors une demande auprès du Tribunal. Que la demande présentée au Tribunal le soit sur consentement ou qu'elle soit contestée, les règles de celui-ci prévoient la tenue d'une audience publique à laquelle les tiers concernés peuvent participer par voie du statut d'intervenant. C'est le Règlement du Tribunal de la concurrence qui fait office de protocole et qui contient les procédures à suivre pour la comparution des témoins ainsi que pour la production des éléments de preuve documentaires.

10. L'article 22 régit la discontinuation. Dans le cas des enquêtes ouvertes par suite d'une demande fondée sur l'article 9, le commissaire doit informer les six requérants de la discontinuation ainsi que des motifs de celle-ci.

11. L'article 105 permet au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance convenue à l'amiable entre le commissaire et les entreprises intimées sans que ne lui soit présentée la preuve qui aurait dû lui être présentée si la demande avait fait l'objet d'une opposition. En pareil cas, le Tribunal ne rendra l'ordonnance que s'il est convaincu que les correctifs proposés permettront d'atténuer de façon satisfaisante les atteintes notablement préjudiciables au libre jeu de la concurrence alléguées par le commissaire.

PARTIE 3 ÉLÉMENTS DU PARAGRAPHE 79(1)

3.1 Disposition législative

Le paragraphe 79(1) est ainsi libellé :

> Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut :
>
> *a*) qu'une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
> *b*) que cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
> *c*) que cette pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de s'adonner de nouveau à une telle pratique.

L'article 79 énonce donc les trois éléments essentiels. L'alinéa *a*) met nettement l'accent sur la puissance commerciale, c'est-à-dire sur la capacité d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises d'accroître ou de consolider leur contrôle d'un marché donné. Le Bureau estime que la puissance commerciale peut être définie comme étant la possibilité de maintenir les prix au-delà des niveaux concurrentiels, cela d'une façon rentable et sur une période prolongée (habituellement un an) ou de restreindre d'une façon similaire d'autres aspects de la concurrence. La disposition législative ne sous-entend pas que l'existence d'une puissance commerciale soit de nature à justifier, à elle seule, une ordonnance corrective de la part du Tribunal. Une position dominante dont l'entreprise profite pour fixer des prix supérieurs aux niveaux concurrentiels ne constitue pas non plus, en soi, un motif suffisant pour présenter une demande en vertu de l'article 79. Les dispositions sur l'abus de position dominante n'ont pas pour objet de réglementer les prix, mais plutôt d'assurer l'adoption des mesures requises pour éliminer les comportements anticoncurrentiels.

L'alinéa *b*) ajoute que les dispositions font référence à un comportement qui est anticoncurrentiel. C'est l'abus d'une position dominante qui, en vertu de la Loi, donne lieu à un examen. L'article 78 dresse une liste d'exemples d'agissements anticoncurrentiels. Mais comme cette liste, si longue soit-elle, n'est pas exhaustive, le Tribunal possède toute la latitude voulue pour rendre des ordonnances sur des agissements anticoncurrentiels non définis à l'article 78, et c'est d'ailleurs ce qu'il a fait dans plusieurs cas. Afin de mieux différencier les activités concurrentielles légitimes de celles qui constituent un abus au sens de l'article 79, il convient de préciser que les agissements énumérés à l'article 78 comportent tous, soit dans l'intention, l'objet ou la finalité, un élément de restriction ou de diminution de la concurrence. Des renseignements détaillés au sujet de ces agissements anticoncurrentiels figurent à la partie 4 du présent document.

Selon l'alinéa *c*), il est nécessaire de prouver que la pratique a, a eu ou aura vraisemblement pour effet « d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Par cette exigence, le législateur met l'accent sur les effets négatifs des pratiques anticoncurrentielles, et non sur les concurrents individuels en tant que tels.

3.2 Éléments

3.2.1 « Une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions »

Cette disposition de la Loi renferme un certain nombre d'éléments qui doivent être examinés séparément : (i) l'existence d'une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions; (ii) le sens du mot « contrôle » et (iii) le sens de l'expression « une ou plusieurs personnes ».

3.2.1a) « Catégorie ou espèce d'entreprises » — Définition du marché de produits

Pour évaluer la puissance commerciale, il faut d'abord déterminer quels sont les concurrents qui, dans tel marché défini, seraient en mesure de limiter la capacité de l'entreprise ou des entreprises d'augmenter les prix de façon rentable ou de restreindre la concurrence d'une autre façon. Dans la loi promulguée en 1986, le législateur a utilisé les mots « catégorie ou espèce d'entreprises » plutôt que le mot « marché » dans le contexte de l'élément « contrôle ». Pour sa part, le Bureau estime que les mots « catégorie ou espèce d'entreprises » désignent en réalité le produit pertinent[12]. L'analyse débute par l'examen du marché de produits dans lequel, selon l'allégation, il y a ou il y a eu abus de position dominante. Comme c'est le cas pour les autres aspects du droit de la concurrence, on cherche ensuite à déterminer dans quelle mesure la concurrence provenant des autres sources d'approvisionnement empêche ou est susceptible d'empêcher l'entreprise ou les entreprises concernées d'exercer une puissance commerciale. L'analyse porte sur l'existence de produits de substitution comparables, c'est-à-dire suffisamment proches pour que les acheteurs puissent s'en satisfaire advenant le cas où les prix fixés par l'entreprise ou les entreprises dominantes pour le ou les produits en cause atteignaient des niveaux nettement supérieurs aux niveaux concurrentiels et s'y maintenaient de façon non transitoire. On considère, en général, qu'une augmentation de prix est relativement importante si elle atteint 5 p. 100 et qu'elle est non transitoire si elle dure un an[13].

Le Tribunal a retenu cette interprétation dans l'affaire *Laidlaw*[14] et, plus tard, dans l'affaire *Nielsen*[15], où il a formulé comme suit sa conception de base au sujet de la définition du marché de produits :

> Un élément de preuve directe du passage d'un produit à l'autre à la suite d'une légère modification du prix relatif établirait la substituabilité. Lorsque, comme en l'espèce, aucune modification du prix et de la quantité n'est mise en preuve, il faut répondre à la question de façon moins directe en examinant le témoignage des acheteurs et des fournisseurs concernant les caractéristiques, l'utilisation prévue et le prix [marché de produits en question][16].

Les augmentations de prix ne sont pas le seul indicateur servant à définir les marchés de produits[17]. D'autres facteurs qualitatifs sont également pris en considération par le Bureau pour définir le marché de produits et le

12. Dans *NutraSweet*, le Tribunal a conclu que le fait de délimiter une « catégorie ou espèce d'entreprises » équivaut à définir le marché de produits pertinent.
13. Cette conception est compatible avec celle qui est exposée dans *Fusionnements — Lignes directrices pour l'application de la Loi*, du Bureau en ce qui a trait à la définition des marchés.
14. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Tribunal de la concurrence) [ci-après *Laidlaw*].
15. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. The D&B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Tribunal de la concurrence) [ci-après *Nielsen*].
16. *Nielsen*, *ibid.* p. 241.
17. Plusieurs méthodes quantitatives peuvent être utilisées, notamment l'analyse de la corrélation des prix, de leur élasticité et du ratio de détournement.

marché géographique d'application de la Loi, notamment les suivants :

- **Les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs**. Le fait de savoir si les acheteurs ont acheté, dans le passé, des produits de substitution et s'ils ont l'intention, le cas échéant, de le faire à l'avenir, peut indiquer si une augmentation de prix est soutenable.
- **Les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial.** Les tierces parties qui connaissent bien l'industrie en question peuvent fournir des renseignements utiles sur le passé et l'avenir probable de l'industrie, de façon à faciliter la définition du marché en question.
- **L'utilisation finale**. L'interchangeabilité fonctionnelle constitue généralement une condition obligatoire, mais non suffisante, qu'il est nécessaire d'établir à l'égard de deux produits pour justifier l'inclusion de ceux-ci dans le même marché.
- **Les caractéristiques physiques et techniques**. En général, plus les acheteurs accordent de l'importance aux caractéristiques physiques ou techniques particulières d'un produit, que celles-ci soient réelles ou perçues, plus il y a de chances que le produit appartienne à un marché distinct.
- **Les coûts de changement de fournisseur**. L'importance des coûts que les acheteurs auraient à assumer pour, entre autres, modifier leurs outils et leurs emballages, adapter leur mise en marché, mettre fin à un contrat d'approvisionnement et s'habituer à de nouvelles façons de transiger, peut limiter la volonté de changement de fournisseur suite à une augmentation de prix, même relativement importante et non transitoire.
- **Les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs.** L'absence de corrélation marquée entre les fluctuations des prix de deux produits au cours d'une période relativement importante indique généralement que les produits ne font pas partie du même marché. De la même façon, le fait que les prix d'une entreprise ont, par le passé, restreint les fluctuations de prix d'une autre entreprise, indique que les deux produits font partie du même marché.

3.2.1b) « À la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » — Définition du marché géographique

Une analyse de l'univers des concurrents en place comporte également une dimension géographique. Le Bureau estime que, pour décider si une situation donnée existe à « la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », il doit définir le marché géographique en question[18]. Cette position est compatible avec la jurisprudence[19].

En plus d'utiliser quelques-unes des techniques quantitatives disponibles qui servent à la définition du marché de produits, le Bureau tient également compte de certains autres facteurs qualitatifs, au moment de définir marché géographique :

- **Les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs.** La mesure dans laquelle les facteurs liés aux aspects pratiques ou aux caractéristiques particulières du produit (p. ex., fragilité, nature périssable) ont une influence sur la décision d'acheter ou non le produit en cas d'augmentation des prix au-delà des niveaux concurrentiels.

18. Malgré la référence « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », le marché géographique d'application de la Loi, peut, d'un point de vue antitrust, inclure un territoire à l'extérieur du Canada.

19. Dans *NutraSweet*, le Tribunal a souligné que le marché géographique pertinent englobe « une région [qui] est suffisamment à l'abri des tensions suscitées par les prix émanant d'autres régions pour que ses caractéristiques particulières permettent d'imposer des prix qui diffèrent sensiblement pendant une période donnée de ceux des autres régions ». Voir *supra*, note 2, p. 20-21.

- **Les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial.** Les tierces parties qui connaissent bien l'industrie en question peuvent fournir des renseignements utiles sur le passé et l'avenir probable de l'industrie, de façon à faciliter la définition du marché en question.
- **Les coûts de changement de fournisseur.** L'importance des coûts que les acheteurs auront à assumer pour, entre autres, modifier leurs outils et leurs emballages, adapter leur mise en marché, mettre fin à un contrat d'approvisionnement et s'habituer à de nouvelles façons de transiger, peut limiter la volonté de changement de fournisseur suite à une augmentation de prix, même relativement importante et non transitoire.
- **Les coûts de transport**. En général, lorsque les prix en vigueur dans une région éloignée ont été historiquement supérieurs aux prix appliqués dans la région géographique en question et que le montant de la différence dépasse les frais de transport, il y a fort à parier que la région éloignée se trouve dans un marché distinct. Toutefois, ce facteur n'est pas nécessairement concluant, car l'augmentation importante et non transitoire des prix au-delà des niveaux concurrentiels peut avoir pour effet de hausser les prix à un niveau qui dépasse le prix appliqué dans la région éloignée, plus les frais de transport. Lorsqu'il est rentable pour les vendeurs éloignés d'expédier le produit dans le marché en question, on peut généralement supposer que c'est ce que ferait le fournisseur.
- **Les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs**. L'absence de corrélation marquée entre les fluctuations des prix touchant deux territoires au cours d'une période relativement importante indique généralement que les produits ne font pas partie du même marché. De la même façon, le fait que les prix des vendeurs éloignés ont limité dans le passé les fluctuations de prix des vendeurs locaux indique que les deux types de vendeurs se font concurrence dans le même marché.
- **Les tendances liées à l'expédition**. Les envois importants d'une région à une autre indiquent généralement que les deux régions font partie du même marché géographique. Toutefois, les tendances antérieures ne permettent pas toujours de bien déterminer la mesure dans laquelle les vendeurs d'une région imposent des contraintes aux vendeurs d'une autre région, notamment lorsqu'il n'y a pas d'expédition.
- **La concurrence étrangère**. Même si les principes susmentionnés s'appliquent autant aux sources de concurrence nationales qu'internationales, d'autres facteurs peuvent s'ajouter lorsqu'il est question de l'influence de fournisseurs étrangers, notamment les tarifs, les contingentements, la réglementation, les droits antidumping ou les plaintes pour dumping, les politiques gouvernementales en matière d'approvisionnement, les règles de droit relatives à la propriété intellectuelle, les fluctuations des taux de change et la normalisation internationale des produits.

3.2.1c) Le sophisme du cellophane

Au moment de définir le marché de produits et le marché géographique dans le contexte d'une allégation d'abus de position dominante, le Bureau évaluera dans quelle mesure les prix seraient plus bas que les prix en vigueur en l'absence d'agissements anticoncurrentiels. Cela signifie que le prix en vigueur peut ne pas être un outil approprié à utiliser lors de la définition du marché sur lequel l'entreprise présumément dominante fait concurrence. Il est possible que certains produits qui sont sur le marché n'y seraient pas s'ils ne profitaient d'agissements anticoncurrentiels. L'inclusion de ces produits dans le marché aurait en pratique pour effet de lui donner une trop grande étendue du point de vue anticoncurrentiel, car ces produits, loin de corriger le marché, n'y entrent qu'à des prix supérieurs aux prix concurrentiels normaux.

Une situation similaire se produit au moment d'établir les paramètres géographiques du marché. Si le marché est défini en termes de niveaux de prix traduisant l'existence d'un intervenant dominant, le territoire géographique du marché sera indûment élargi, puisqu'il englobera des secteurs qui ne pourraient en faire partie si des prix concurrentiels étaient appliqués. Ce problème lié à la définition des marchés dans les cas d'allégations de position dominante a été décelé pour la première fois dans le contexte d'un litige américain mettant en cause les producteurs de cellophane. C'est pourquoi cette situation est appelée le « sophisme du cellophane ».

Après avoir reconnu l'existence d'une puissance commerciale, le Bureau définit les paramètres du marché de produits et du marché géographique en cherchant d'abord à savoir quel serait le prix approximatif du produit en l'absence de ces présumés agissements anticoncurrentiels. Cette estimation permet ensuite de définir les marchés pertinents de façon précise.

3.2.1d) « Contrôlent sensiblement ou complètement » — Puissance commerciale

Une fois que l'univers des concurrents est délimité, il est nécessaire de chercher à savoir jusqu'à quel point ces rivaux restreignent la puissance commerciale que l'entreprise ou les entreprises dominantes pourraient par ailleurs exercer. Le Bureau donne au mot « contrôlent » le sens d'exercer une puissance commerciale, ladite puissance étant la capacité de fixer de façon rentable les prix au-delà des niveaux concurrentiels pendant une période prolongée[20]. La puissance commerciale peut également être définie à l'égard d'une réduction importante et non transitoire de certains autres aspects de la concurrence, comme le service, la qualité, la variété, la publicité ou l'innovation. Par souci de clarté, l'expression « puissance commerciale » est utilisée ici en liaison avec les augmentations de prix, mais elle sous-entend également des facteurs de la concurrence non liés aux prix. Pour déterminer s'il y a puissance commerciale dans un cas donné, le Bureau considère habituellement comme une période « prolongée » une période d'un an. Cela ne signifie toutefois pas que le Bureau ne formulera aucune allégation d'abus de position dominante si la puissance commerciale est exercée depuis moins d'un an. En pareil cas, le Bureau cherchera à savoir quelle est la probabilité que l'exercice de cette puissance se poursuive s'il n'intervient pas.

Reconnaissant qu'il est difficile d'évaluer directement la puissance commerciale, le Bureau se fonde normalement sur un certain nombre d'indices à la fois qualitatifs et quantitatifs. Ces indices comprennent, entre autres, les éléments suivants :

- la part de marché, y compris la stabilité et la répartition;
- les obstacles à l'entrée dans le marché, y compris le comportement reproché à l'entreprise ou les entreprises dominantes;
- d'autres caractéristiques du marché, notamment l'ampleur des changements technologiques qui s'y opèrent, l'importance de la capacité excédentaire et le pouvoir compensateur des clients ou des fournisseurs.

Part de marché

Selon la jurisprudence, un des facteurs les plus importants, en plus des obstacles à l'entrée, est la part de marché[21]. Aucune part de marché

20. C'est là l'interprétation que le Tribunal a retenue dans les affaires *NutraSweet*, *supra*, note 2, *Laidlaw*, *supra*, note 14, et *Nielsen*, *supra*, note 15.

21. Dans l'affaire *NutraSweet*, *supra*, note 2, p. 28, le Tribunal s'exprime comme suit : « Cette approche théorique [la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels] est valable, mais elle n'est pas facilement applicable; il faut habituellement tenir compte des indicateurs de la puissance commerciale, comme la part de marché et les obstacles posés à l'accès au marché. Les facteurs particuliers qui devront être pris en compte pour évaluer le contrôle ou la puissance commerciale varieront dans chaque cas ».

définie ne permet toutefois de dire qu'une entreprise possède une puissance commerciale. Le Bureau estime qu'une part élevée de marché est habituellement une condition nécessaire, mais non suffisante, pour établir l'existence d'une puissance commerciale.

Étant donné que l'accent est mis d'abord et avant tout sur le contrôle exercé par une entreprise ou un groupe d'entreprises, l'analyse de la puissance commerciale vise à évaluer de façon concrète dans quelle mesure les concurrents en place (décrits plus haut dans le cadre de l'exercice de définition du marché) ou les concurrents éventuels (dont il est question dans la section suivante sur les obstacles à l'entrée dans le marché) ou tous autres facteurs pertinents (tel que le pouvoir compensateur du client) sont susceptibles de restreindre tout exercice de puissance commerciale. Lorsque l'évaluation concerne l'exercice d'un contrôle par un groupe d'entreprises, il est également nécessaire de tenir compte des facteurs liés à la portée et à la nature de la coordination des entreprises faisant partie du groupe en question.

Toutes choses étant égales par ailleurs, plus la part que détiennent les autres concurrents est importante, moins il y a de chances que l'entreprise ou le groupe d'entreprises en question aient été en mesure, ou soient en mesure, d'exercer une puissance commerciale. Lorsque les autres concurrents détiennent une part importante du marché, les clients peuvent, dans les cas où une entreprise ou un groupe d'entreprises tentent d'augmenter les prix, se tourner vers plusieurs solutions de rechange. La défection d'une partie importante de la clientèle de base d'une entreprise peut suffire à rendre non rentable une augmentation des prix à des niveaux qui dépassent les niveaux concurrentiels[22].

Dans les affaires contestées qui ont été entendues jusqu'à maintenant en matière d'abus de position dominante[23], les parts de marché des entreprises dominantes étaient très élevées, ce qui laisse penser que, dans ces cas-là, les clients avaient peu de solutions de rechange si jamais l'entreprise dominante majorait les prix au-dela des niveaux concurrentiels ou agissait de façon à diminuer sensiblement la concurrence[24]. Dans l'affaire *Télé-Direct*, le Tribunal a souligné qu'il serait nécessaire de présenter une preuve de « facteurs atténuants », le plus courant étant la « facilité d'accès », afin d'infirmer une conclusion *prima facie* de contrôle fondée sur au moins 80 p. 100 des parts des marchés locaux de publicité, en l'occurrence, celle des annuaires téléphoniques. Dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a fait remarquer qu'une part de marché inférieure à 50 p. 100 ne donnerait pas lieu à une conclusion *prima facie* de position dominante, ce qui ne signifie pas pour autant qu'aucune situation de puissance commerciale ne pourrait exister si la part de marché est inférieure à 50 p. 100.

Le Bureau estime qu'une part du marché inférieure à 35 p. 100 ne donnera habituellement pas à penser qu'une entreprise pourrait se livrer ou s'être livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels ayant pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. Lorsque la part de marché d'une entreprise atteint ou dépasse 35 p. 100, le Bureau poursuivra habituellement son examen.

---

22. La capacité de migration peut être changée à cause de la vitesse et de la facilité qui permettent aux entreprises concurrentes de répondre à une demande croissante de leurs produits au fur et à mesure de l'augmentation des prix du marché.
23. Il s'agit des affaires *NutraSweet*, *supra*, note 2, *Laidlaw*, *supra*, note 14, *Nielsen*, *supra*, note 15 et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997], 73 C.P.R.. (3d) 1 (*Tribunal de la concurrence*) [ci-après *Télé-Direct*].
24. NutraSweet fournissait 95 p. 100 du marché de l'aspartame au Canada; Laidlaw possédait des parts de marché oscillant entre 87 p. 100 et 100 p. 100 dans différents marchés de collecte des déchets commerciaux; Nielsen avait 100 p. 100 du marché de dépistage des données du marché prélevées par balayage électronique, ce qui indiquait, à première vue, qu'elle exerçait une puissance commerciale (c'est-à-dire un contrôle), laquelle conclusion ne pouvait être réfutée qu'au moyen d'une preuve de l'absence d'obstacles à l'entrée.

Les deux affaires concernant des allégations de domination conjointe[25] ont été réglées dans une ordonnance par consentement dans des circonstances où l'élément de domination conjointe a été reconnu d'emblée. En général, le Bureau continuera son examen si la part de marché d'un groupe d'entreprises qui, conjointement, occupent présumément une position dominante, est égale ou supérieure à 60 p. 100.

En plus de la part de marché de l'entreprise dominante, la répartition du reste du marché entre les concurrents constitue également un élément pertinent. Toutes choses étant égales par ailleurs, les chances qu'une entreprise puisse maintenir des prix supérieurs aux niveaux concurrentiels augmentent en fonction de la part de marché de ladite entreprise ainsi qu'en fonction de l'écart entre cette part et celle de ses concurrents. Ainsi, la capacité pour une seule entreprise détenant 55 p. 100 d'un marché donné d'exercer une puissance commerciale peut être bien différente selon qu'elle fait face à un seul concurrent dont la part de marché atteint 45 p. 100 ou à un groupe disparate de concurrents moins importants dont aucun n'a une part de marché supérieure à 10 p. 100.

En résumé, la position générale du Bureau au sujet de la part de marché est la suivante :

- Une part de marché de moins de 35 p. 100 ne donnera généralement pas lieu à des préoccupations liées à un abus de position dominante ou à l'exercice d'une puissance commerciale.
- Une part de marché de 35 p. 100 et plus entraînera généralement un examen.
- Dans le cas d'un groupe d'entreprises sur lequel pèse une allégation de dominance conjointe, une part de marché de 60 p. 100 et plus pour l'ensemble du groupe fera en général l'objet d'un examen.

Obstacles à l'entrée

Tel que déjà mentionné, une part élevée de marché n'établit pas en soi l'existence d'une puissance commerciale. Prenons le cas d'une entreprise qui, détenant une part de marché élevée, cherche à exercer une puissance commerciale. S'il n'y a pas d'obstacles à l'entrée, il est probable que de nouveaux venus feront leur apparition ou que des entreprises en place prendront des mesures d'expansion, ou les deux, si bien que l'entreprise mentionnée perdra suffisamment de clients aux mains de ses concurrents pour comprendre qu'il n'est pas rentable de tenter d'augmenter les prix au-delà des niveaux concurrentiels. En général, ce qui empêchera probablement l'entrée dans le marché, ce sont les écarts incontournables entre les coûts de l'entreprise en place et ceux du nouveau venu, ou encore la nécessité pour ce dernier de faire des investissements qui ne seront probablement pas recouvrés si sa tentative d'entrée échoue. On donne à ce type d'investissements le nom de « coûts irrécupérables ». Comme le Tribunal l'a mentionné dans l'affaire *Laidlaw*, l'expression « obstacles à l'entrée dans le marché » renferme une connotation de pérennité[26]. Le nouveau venu doit être en mesure non seulement d'entrer sur le marché, mais aussi de devenir un concurrent viable.

En ce qui a trait à l'évaluation des obstacles à l'entrée, la jurisprudence établit une relation entre les parts de marché et la norme de preuve à appliquer. C'est ce qu'a souligné le Tribunal dans les affaires *Nielsen* et *Télé-Direct*. Dans *Télé-Direct*, où les parts de marché atteignaient 80 p. 100 ou plus, le Tribunal a

25. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Banque de Montréal* [1996], 68 C.P.R. (3d) 527 *(Tribunal de la concurrence)* [ci-après *Interac*] et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. AGT Directory Ltd et al.* [1994], C.C.T.D. nº 24 Déc. nº CT9402/19 [ci-après *CANYPS*].

26. *Laidlaw*, *supra*, note 14, p. 74.

fait état de la nécessité de présenter une preuve de « facteurs atténuants, le plus courant étant la facilité d'accès » pour réfuter une conclusion *prima facie* de contrôle[27].

Voici des exemples de questions que le Tribunal a examinées par le passé dans le cadre de l'analyse de l'entrée dans un marché. Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a conclu que les obstacles à l'entrée dans le marché de l'aspartame étaient importants à cause des brevets de procédés de production de l'aspartame aux mains des détenteurs (depuis, le brevet pour l'aspartame a expiré au Canada), des grandes économies d'échelle, des coûts irrécupérables élevés et d'une longue période de démarrage d'environ deux ans. Dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a jugé que les obstacles à l'entrée dans l'industrie de la collecte des déchets commerciaux n'étaient généralement pas importants, mais qu'ils avaient augmenté en raison des différentes pratiques contractuelles que poursuivait Laidlaw. Dans l'affaire *Télé-Direct*, le Tribunal a conclu que, sauf dans le cas de certains créneaux ciblés, les obstacles à l'entrée sur le marché des annuaires téléphoniques étaient importants, compte tenu de l'obligation d'engager des coûts irrécupérables élevés, de la renommée de l'entreprise visée ainsi que de l'affiliation de celle-ci avec les compagnies de téléphone.

3.2.1e) « Une ou plusieurs personnes » — Domination conjointe

Le libellé de la Loi indique clairement qu'il peut y avoir des cas où un groupe d'entreprises non affiliées peut posséder une puissance commerciale, même si aucun membre du groupe n'est en soi dominant. Dans les cas de domination conjointe, trois sources de concurrence peuvent faire obstacle à la rentabilité d'une augmentation de prix : 1) la concurrence provenant de compétiteurs en place et qui ne font pas partie du groupe visé par une allégation de domination conjointe; 2) la concurrence provenant de concurrents éventuels (c'est-à-dire, de nouveaux venus) qui ne feraient pas partie du groupe visé par une allégation de domination conjointe; 3) la concurrence provenant de membres du groupe visé par une allégation de domination conjointe. Ces diverses sources concurrentielles ayant été prises en compte, un autre élément s'ajoute à ceux qu'il est nécessaire d'établir pour prouver que plusieurs entreprises, plutôt qu'une seule, exercent un contrôle ou une puissance commerciale.

La jurisprudence fournit très peu d'indices sur les éléments de preuve supplémentaires à présenter pour prouver qu'il y a contrôle de la part d'un groupe d'entreprises. Jusqu'à maintenant, seulement deux affaires concernant la domination conjointe au sens de la Loi ont été portées à l'attention du Tribunal[28]. Dans les deux cas, l'existence d'une situation de domination conjointe a été prise pour acquis, compte tenu, notamment, d'un accord explicite mis en preuve.

Un groupe d'entreprises qui possèdent ensemble une puissance commerciale peuvent être en mesure de coordonner leurs agissements d'une façon qui permet une hausse rentable du prix sur le marché au-delà des niveaux de prix fixés librement, cela sans conclusion d'accord explicite. Les entreprises d'un oligopole fondent normalement leurs décisions sur la façon dont leurs rivaux se sont comportés par le passé. De plus, les entreprises reconnaissent que leurs décisions courantes peuvent toucher les réactions futures de leurs rivaux. Étant donné que les entreprises reconnaissent ces interactions, les stratégies concurrentielles deviennent, avec le temps, de plus en plus complexes. Ainsi,

27. *Télé-Direct*, *supra*, note 23, p. 83.
28. Les affaires *Interac* et CANYPS, *supra*, note 25.

les entreprises peuvent agir d'une façon « consciemment parallèle » et toucher de ce fait des profits plus élevés que ceux qu'elles réaliseraient dans un milieu concurrentiel.

Dans les décisions rendues au sujet des dispositions criminelles sur le complot, il est clair que le « parallélisme conscient » n'est pas condamné[29]. Le Bureau a adopté une position similaire au sujet des dispositions relatives à l'abus de position dominante. Il reconnaît qu'un élément de plus que le simple parallélisme conscient doit exister pour qu'il soit possible de conclure que les entreprises agissent de façon concertée.

La capacité d'un groupe d'entreprises de coordonner leurs actions sans conclure d'accord explicite peut aussi faire l'objet d'un examen en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante. Pour déterminer si un groupe d'entreprises détient le contrôle d'un marché donné, le Bureau tiendra compte des éléments suivants :

a) l'importance, en terme de pourcentage, de la part de marché détenue par le groupe d'entreprises considéré comme un ensemble;
b) tout élément de preuve indiquant que la conduite concertée reprochée vise à hausser les prix ou à se livrer à toute autre forme de pratique anticoncurrentielle;
c) tout élément de preuve indiquant l'existence d'obstacles à l'entrée au sein du groupe ou d'obstacles à la venue de nouveaux participants dans le marché en question;
d) tout élément de preuve factuelle indiquant que des membres du groupe ont pris des mesures pour éliminer la concurrence entre eux[30];
e) tout élément de preuve indiquant qu'un nombre important de clients ne peuvent exercer un pouvoir d'opposition pour contrebalancer la menace d'abus.

3.2.2 « Se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels »

Dans le deuxième élément des dispositions relatives à l'abus de position dominante, il est question de savoir si « cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Tel que déjà mentionné, les dispositions législatives ne sous-entendent pas que la simple existence d'une puissance commerciale permettra au Tribunal de rendre une ordonnance corrective. L'alinéa 79(1)*c*) énonce que le contrôle complet ou important (dans la mesure où il a été établi) ne soulève des questions sur la concurrence que lorsqu'il est exercé d'une façon qui a pour effet de l'empêcher ou de la diminuer sensiblement, d'où la nécessaire conclusion que c'est l'abus d'une position dominante qui, en vertu de la Loi, donne lieu à une procédure d'examen.

Il peut être utile de scinder l'alinéa 79(1)*b*) en deux éléments. Le premier réside dans la preuve qu'il y a ou y a eu « une pratique ». Le second exige la preuve de l'existence, passée ou actuelle, d'une ou de plusieurs pratiques anticoncurrentielles. À cet égard, l'article 78 fournit une liste des pratiques commerciales pouvant constituer autant d'agissements anticoncurrentiels (voir l'annexe I).

29. Voir *R. c. Canadian General Electric* (1974), 17 C.C.C. (2d) 433 et *R. c. Armco* (1974), 21 C.C.C. (2d) 129.
30. Les pratiques facilitantes peuvent avoir pour but de permettre aux entreprises de mieux coordonner leur action ou de déceler les manquements aux conditions de coordination.

3.2.2a) Pratique

Dans l'affaire *NutraSweet*, où le mot « pratique » a été examiné dans le contexte de la dominance exercée par une seule entreprise, le Tribunal a adopté une interprétation large du mot et a décidé que différents agissements anticoncurrentiels isolés peuvent, ensemble, constituer une pratique[31].

Même si le Bureau estime qu'une pratique ne se limite généralement pas à un acte isolé, celui-ci peut être considéré comme une pratique s'il est prolongé et systémique ou s'il a des répercussions durables sur la concurrence. Ainsi, un contrat d'exclusion à long terme peut effectivement empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence, même s'il ne constitue, en soi, qu'une étape dans l'établissement d'une pratique anticoncurrentielle. Dans les affaires de domination conjointe, pour décider si les agissements anticoncurrentiels sont prolongés et systémiques ou s'ils ont des répercussions durables sur la concurrence, il est nécessaire d'examiner le type de comportement concurrentiel de plusieurs entreprises.

Il ressort nettement du libellé de la Loi que les effets néfastes sur la concurrence peuvent être antérieurs, actuels ou futurs. Une ordonnance corrective peut être demandée à l'égard d'une pratique antérieure. Toutefois, le commissaire ne peut faire de demande au Tribunal en vertu du paragraphe 79(6) à l'égard de pratiques qui ont cessé depuis plus de trois ans.

3.2.2b) Agissements anticoncurrentiels

L'article 78 de la Loi énonce une liste d'exemples d'agissements anticoncurrentiels, mais, tel que déjà mentionné, cette liste n'est pas complète et certaines décisions ont été rendues sur des agissements anticoncurrentiels qui ne figurent pas dans cette liste. Les agissements énumérés à l'article 78 et menés par une entreprise dominante dans un but anticoncurrentiel ont tous pour effet de diminuer la concurrence. Pour déterminer si l'objet d'une pratique est anticoncurrentiel, le Tribunal se demande si elle est fondée sur des motifs d'éviction, d'exclusion ou de mise au pas[32]. L'objet de la pratique peut être établi au moyen d'une déduction ou d'une conclusion découlant des faits mis en preuve. Les déclarations verbales ou écrites du personnel d'une entreprise démontreront probablement l'existence d'une intention subjective. L'objet peut aussi être déduit de l'examen de la pratique elle-même, les personnes impliquées étant présumées vouloir les conséquences nécessaires et prévisibles de leurs actes. Comme le Tribunal l'a souligné dans l'affaire *NutraSweet*[33], l'objet de la pratique devra, dans la plupart des cas, être déduit des circonstances dans lesquelles il se produit.

Contrairement à l'article 96, qui concerne les fusionnements, l'article 79 ne permet pas explicitement, au moment d'évaluer des agissements anticoncurrentiels, de tenir compte d'un système de défense fondé sur un gain en efficience. Ainsi donc, lorsque le Bureau est convaincu de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et que cette pratique a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, cela constitue un élément suffisant, et le Bureau s'emploiera dès lors à chercher, avec les parties, une façon de régler le problème. Si cette approche ne réussit pas, le Bureau saisira le Tribunal de la question.

31. Affaire *NutraSweet*, *supra*, note 2, p. 23.
32. Affaire *NutraSweet*, *supra*, note 2, p. 34.
33. Affaire *NutraSweet*, *supra*, note 2, p. 35.

3.2.3 « La pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché »

Les mots « empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » indiquent qu'il faut examiner les répercussions sur la concurrence plutôt que sur les concurrents eux-mêmes. Comme le Tribunal l'a souligné dans l'affaire *Télé-Direct*, « on ne considère pas, en général, comme un acte d'exclusion le fait de s'emparer de la part de marché d'un rival en offrant un meilleur produit ou des prix moins élevés, car ces mesures profitent aux consommateurs des marchés visés »[34].

Le sens des mots « diminuer sensiblement la concurrence » est établi dans la jurisprudence. Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a dit qu'« [e]ssentiellement, il faut déterminer si les agissements anticoncurrentiels auxquels se livre NSC [NutraSweet] préservent ou augmentent son emprise sur le marché »[35].

3.2.4 Évaluation des effets des agissements anticoncurrentiels

Il y a plusieurs façons de préserver ou d'accroître la puissance commerciale. Voici une description sommaire de l'approche établie par le Bureau pour évaluer les effets sur la concurrence de différents types d'agissements anticoncurrentiels.

Une des façons de maintenir ou d'accroître la puissance commerciale consiste à ériger des obstacles à l'entrée ou à les renforcer,[36] en vue d'empêcher les concurrents éventuels de s'attaquer à la puissance commerciale de l'entreprise dominante. Au cours de son examen des agissements anticoncurrentiels axés sur la création ou sur le renforcement d'obstacles de cette nature, le Bureau cherchera d'abord à déterminer ce que serait l'état de la concurrence dans le marché en l'absence de ces agissements. S'il peut être établi qu'en l'absence desdits agissements, un concurrent ou groupe de concurrents réels seraient susceptibles, à l'intérieur d'un laps de temps raisonnable, de concurrencer efficacement l'entreprise dominante, le Bureau conclura que les agissements examinés ont pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Pour déterminer dans quelle mesure un nouveau venu pourrait devenir un concurrent réel si les agissements anticoncurrentiels étaient éliminés, le Bureau estime qu'une période de deux ans est un délai raisonnable, ce qui correspond au délai jugé acceptable pour l'entrée dans un marché[37].

---

34. *Télé-Direct*, *supra*, note 23, p. 196.
35. Affaire *NutraSweet*, *supra*, note 2, p. 47.
36. Dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a conclu que l'acquisition par Laidlaw de 100 p. 100 du marché dans certains cas ainsi que les dispositions d'exclusivité et les menaces de poursuites, qui ont eu pour effet d'accroître les obstacles à l'entrée, ont diminué sensiblement la concurrence. Dans l'affaire *Nielsen*, le Tribunal a souligné que les contrats que Nielsen avait passés avec ses clients étaient des ententes à long terme qui devaient être renouvelées sur une base échelonnée, de sorte qu'aucun nouveau venu ne pouvait obtenir l'accès à l'approvisionnement en données dont il avait besoin pour pouvoir entrer efficacement dans le marché. Le Tribunal a jugé que les pratiques avaient eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence.
37. Ce délai de deux ans est compatible avec le raisonnement suivi pour l'analyse des obstacles à l'entrée dans *Fusionnements — Lignes directrices pour l'application de la Loi* du Bureau.

PARTIE 4 AGISSEMENTS ANTICONCURRENTIELS : ARTICLE 78

4.1 Aspects économiques des agissements anticoncurrentiels

Dans l'affaire *NutraSweet*, le Tribunal a indiqué clairement que les agissements anticoncurrentiels sont ceux qui tiennent de l'éviction, de l'exclusion ou de la mise au pas. La démarche que suit le Bureau pour évaluer les activités pouvant constituer des agissements anticoncurrentiels va dans le même sens que l'interprétation du Tribunal, mais elle met l'accent sur la question de savoir si les activités en question appartiennent à l'une ou à plusieurs des catégories suivantes : (i) agissements ayant pour effet d'augmenter les coûts des concurrents (ou d'abaisser les recettes des concurrents) ou de les empêcher d'avoir accès à des intrants ou à des installations clés; (ii) conduite d'éviction; (iii) agissements visant à faciliter le comportement concerté entre les entreprises (pratiques facilitantes).

Bon nombre des mesures décrites à l'article 78 peuvent être prises par une entreprise dominante sans donner lieu à une diminution sensible de la concurrence. Ainsi, les acquisitions verticales mentionnées à l'alinéa 78(1)*b*) peuvent favoriser la concurrence parce que l'entreprise récemment intégrée devient un concurrent plus efficient et plus efficace. De la même façon, l'utilisation par l'entreprise dominante d'une nouvelle marque suite à l'arrivée d'un concurrent, soit le cas visé à l'alinéa 78(1)*d*), peut très bien constituer une réaction concurrentielle[38].

Par conséquent, dans chaque cas d'abus de position dominante, lorsqu'il est établi qu'une entreprise dominante s'est livrée à des agissements mentionnés à l'article 78 ou à d'autres agissements pouvant être anticoncurrentiels, le Bureau se demandera si ces agissements auront pour effet de diminuer sensiblement la concurrence.

4.2 Augmentation des coûts des concurrents et mainmise sur un marché

L'entreprise dominante peut utiliser un certain nombre de stratégies qui sont de nature à entraîner une hausse des coûts d'une entreprise rivale, et ainsi à la rendre moins efficace sur le plan concurrentiel. En provoquant une augmentation de certains coûts d'une entreprise rivale, l'entreprise dominante peut l'obliger à majorer ses prix, et, à son tour, majorer les siens. Pour l'entreprise dominante, pareille stratégie sera rentable dans la mesure où la hausse de ses prix se traduira par une hausse de revenus suffisante pour compenser les coûts de ladite stratégie. Dans la même veine, l'entreprise dominante peut également avoir recours à certaines stratégies ayant pour effet d'éliminer des concurrents en place ou de dissuader d'éventuels concurrents d'entrer sur le marché en les empêchant d'avoir accès aux intrants qui leur sont nécessaires. Cette stratégie peut consister à faire en sorte que l'entreprise rivale connaisse une telle augmentation de ses coûts qu'il lui devienne impossible

38. Un exemple de conduite favorable à la concurrence est décrit dans la décision du Tribunal dans l'affaire *Télé-Direct*. Le commissaire avait soutenu que Télé-Direct avait abusé de sa position dominante en ciblant de façon agressive des rivaux dans les marchés de services de publicité dans les annuaires téléphoniques, où de nouveaux venus avaient fait leur entrée. Le commissaire a allégué que Télé-Direct se servait des profits importants réalisés dans d'autres marchés pour mener une concurrence très forte, proche d'un comportement visant l'éviction, dans les marchés où un nouveau concurrent avait fait son apparition. Rejetant cette allégation, le Tribunal a souligné que « la seule existence d'une différence de réactions ne saurait rendre le ciblage anticoncurrentiel; le fait de traiter différemment des concurrents constitue incontestablement une réaction concurrentielle normale. On peut s'attendre à ce que les entreprises en place ne se comportent pas de la même façon lorsqu'elles sont confrontées à une entrée et lorsqu'elles ne le sont pas ».

de rester dans le marché, ou encore à bloquer l'accès à des installations indispensables, afin de dissuader les nouveaux venus d'entrer dans le marché. Là encore, une stratégie de cette nature sera rentable pour l'entreprise dominante si, en dernier ressort, les coûts de la stratégie sont compensés par une hausse des revenus, ou par le fait d'avoir évité la perte de revenus due à l'arrivée de nouveaux concurrents.

L'article 78 décrit différents moyens que peut employer l'entreprise dominante pour augmenter les coûts de ses concurrents et priver un concurrent des intrants ou des installations qui lui sont nécessaires. L'alinéa 78(1)*a*) traite de la compression verticale, fondée sur la capacité d'une entreprise dominante qui agit à deux niveaux du système de distribution d'augmenter le prix qu'un concurrent qui n'opère qu'en aval devra payer pour un intrant. Cette pratique, appelée couramment « resserrement des marges », peut entraîner une hausse des coûts des concurrents. Elle ne pose toutefois des problèmes d'application que si, en plus de nuire aux concurrents, elle nuit également à la concurrence. L'entreprise intégrée verticalement peut en effet être plus efficace, au niveau de la distribution, que l'entreprise non intégrée. Il peut donc être difficile pour une entreprise non intégrée de faire concurrence à une entreprise intégrée située en amont, ceci pour des raisons qui ont peu à voir avec la compression. Cette question est examinée à fond à l'annexe III.

L'alinéa 78(1)*b*) traite de l'acquisition, par un fournisseur, d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent dudit fournisseur, ou de l'acquisition, par un client, d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent dudit client, en vue, dans l'un ou l'autre cas, d'empêcher l'entrée d'un concurrent ou d'y faire obstacle, ou encore d'éliminer tout simplement un concurrent en place. L'acquisition d'un fournisseur par une entreprise dominante peut permettre à celle-ci d'augmenter le prix qu'une entreprise rivale aura à payer pour obtenir un intrant clé. Subsidiairement, l'acquisition d'un fournisseur peut permettre à l'entreprise dominante de bloquer l'accès aux produits fabriqués par le fournisseur récemment acquis, de sorte que l'entreprise rivale devra s'approvisionner en intrants auprès d'autres fournisseurs et ce, vraisemblablement, à un prix plus élevé. L'acquisition d'un fournisseur peut, en provoquant une hausse des coûts d'une entreprise concurrente, non seulement affaiblir cette dernière, mais même l'évincer carrément du marché. L'acquisition d'un fournisseur peut également avoir pour effet de bloquer l'accès au marché en empêchant les éventuels intéressés de se procurer les intrants qui leur sont indispensables. (L'acquisition d'un client par un fournisseur est traitée à la section 4.2.1.)

L'alinéa 78(1)*e*) définit comme agissement anticoncurrentiel la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent. Ainsi, l'entreprise dominante peut être en mesure de faire monter le prix d'une ressource rare à un point tel qu'il devient impossible à tout nouveau venu de s'établir dans le même marché et d'y trouver son compte. Il est possible que cette stratégie soit profitable à l'entreprise dominante, malgré le prix plus élevé qu'elle paiera elle-même pour la ressource en cause, parce que cette façon de faire lui permet d'éviter l'amenuisement des profits qu'aurait pu entraîner la présence d'un nouveau venu. Subsidiairement, l'entreprise dominante peut augmenter les coûts de son compétiteur en l'empêchant d'avoir accès à des ressources à bas prix, ce qui le forcera à payer plus cher les ressources dont il a besoin. Même si cette stratégie n'aboutit pas à l'élimination de l'entreprise rivale, elle peut se révéler rentable pour l'entreprise dominante, du fait qu'après avoir abaissé l'efficacité de sa rivale, elle pourra par la suite majorer ses propres prix. La préemption peut aussi prendre la forme de l'acquisition des ressources nécessaires à la

production, comme les lieux ou installations de production qu'il est difficile de reproduire, ou du contrôle des approvisionnements.

Dans la même veine, l'alinéa 78(1)*f*) traite de l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes. Appliqué à un marché d'intrants ou de vente en gros, ce comportement peut entraîner une hausse des coûts des entreprises rivales en favorisant le maintien ou la majoration des prix que celles-ci doivent payer pour acheter leurs ressources.

L'entreprise dominante peut arriver au même résultat en incitant ou en obligeant un fournisseur à ne pas vendre à une entreprise rivale [alinéa 78(1)*h*)]. Ce comportement peut se traduire par une hausse du prix que l'entreprise rivale devra payer pour ses intrants, ce qui peut entraîner son élimination du marché. L'exclusion peut également découler de certains accords d'exclusivité ou de pratiques contractuelles qui créent l'exclusivité. Ainsi, l'affaire *Nielsen* portait sur un accord d'exclusivité en vertu duquel les détaillants avaient convenu de vendre des données prélevées par balayage électronique à Nielsen seulement; cet accord, combiné à certains autres facteurs, empêchait l'entrée de nouveaux venus sur le marché du dépistage des données par balayage électronique offert par Nielsen.

Parmi les autres pratiques contractuelles pouvant créer l'exclusivité, mentionnons les contrats énonçant qu'une partie doit acheter, d'un vendeur donné, tous les produits dont elle a besoin. Une clause de l'offre concurrente peut également avoir pour effet de dissuader un fournisseur éventuel de chercher à vendre à un acheteur parce que le fournisseur en question prévoit que les fournisseurs déjà en place offriront le même prix. Une clause de la nation la plus favorisée, qui oblige le vendeur à offrir à l'acheteur le meilleur prix qu'il offre à tout autre client, pourrait également se traduire par une situation d'exclusivité[39]. Ces pratiques contractuelles, du fait qu'elles permettent à une entreprise dominante de se tenir au courant des tentatives d'entrée ou de toute autre action de ses concurrents, peuvent aussi l'aider à les exclure.

Bien que cette conduite ne soit pas expressément mentionnée à l'article 78, le fait de refuser à un concurrent l'accès à une installation ou encore celui de lui imposer des conditions d'accès restrictives, peuvent constituer des agissements anticoncurrentiels.

4.2.1 Accès aux consommateurs — Réduction des revenus des entreprises rivales

En plus d'empêcher une entreprise rivale d'avoir accès aux installations ou aux ressources nécessaires, une entreprise dominante peut poursuivre des activités ayant pour effet d'empêcher l'entreprise rivale en question d'attirer des clients. Une entreprise dominante peut mettre en œuvre des technologies, des contrats ou d'autres pratiques par suite desquels il devient coûteux pour le client de changer de fournisseur. L'ajout de ces frais de changement de fournisseur peut permettre à une entreprise dominante d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents ou de restreindre l'expansion des concurrents en place.

39. Ainsi, dans l'affaire *Nielsen*, les vendeurs de données prélevées par balayage électronique ont accepté une clause de la nation la plus favorisée par laquelle ils s'engageaient à s'abstenir de vendre les données à tout autre acheteur, étant donné qu'une autre entreprise (comme celle d'un duopole) n'aurait pas été en mesure de payer un prix aussi élevé que Nielsen (à titre de détenteur d'un monopole) pour l'obtention de données de même type.

L'alinéa 78(1)*g*) traite d'une entreprise dominante qui adopte des normes incompatibles avec les produits fabriqués par une entreprise rivale. Cette incompatibilité peut avoir pour effet de restreindre le nombre de clients disposés à acheter des produits de l'entreprise rivale en cause. De la même façon, les contrats à long terme comportant des dispositions de renouvellement automatique peuvent donner lieu à des frais de changement de fournisseur, freinant ou empêchant de ce fait l'entrée dans ce marché. Un accord d'exclusivité conclu même avec un sous-groupe de consommateurs peut avoir le même effet si, par suite du contrat, le nombre de clients qu'est susceptible d'avoir le nouveau venu est insuffisant[40]. Subsidiairement, l'acquisition d'un client par un fournisseur, dont il est fait mention à l'alinéa 78(1)*b*), peut empêcher l'entrée d'un concurrent potentiel dans le marché en le privant à l'avance d'un nombre de clients suffisant pour que son entrée soit rentable.

L'utilisation abusive des recours en justice peut occasionner des frais de changement de fournisseur ayant pour effet de dissuader un concurrent d'en faire la demande. Dans l'affaire *Laidlaw*, Laidlaw a apparemment menacé à la fois ses clients et ses concurrents de poursuites. Les clients qui songeaient à changer de fournisseur se sont fait dire à l'occasion par Laidlaw qu'elle (Laidlaw) les poursuivrait pour rupture de contrat, comme elle l'avait fait à l'endroit d'autres clients. En fait, il n'a nullement été mis en preuve que Laidlaw avait engagé des poursuites. Les concurrents qui songeaient à desservir les clients de Laidlaw ont également été menacés de poursuites au motif qu'ils incitaient les clients à un bris de contrat. Le Tribunal a conclu que cette conduite constituait une pratique d'agissements anticoncurrentiels.

4.3 Conduite d'éviction

Il est difficile de faire la distinction entre des prix d'éviction et des prix concurrentiels puisque dans les deux cas, du moins à l'origine, l'observation est la même : les prix sont réduits. La pratique de prix d'éviction par une entreprise dominante sous-entend généralement la capacité d'augmenter les prix une fois que les entreprises concurrentes ont été mises au pas ou ont quitté le marché. Par conséquent, un des principaux éléments servant à conclure que des prix peu élevés constituent effectivement des prix d'éviction pouvant entraîner une diminution sensible de la concurrence réside dans l'existence d'obstacles importants à l'entrée dans le marché.

La pratique de prix d'éviction est souvent décrite comme la vente à un prix inférieur au coût afin de nuire à un concurrent. Cette pratique peut être rentable pour l'entreprise

40. Dans l'affaire *NutraSweet*, le commissaire a allégué que NutraSweet s'était livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels en utilisant son brevet américain relatif à l'aspartame pour exclure des entreprises rivales du Canada. Le Tribunal a conclu que NutraSweet avait persuadé un acheteur canadien d'aspartame de délaisser une entreprise rivale, Tosoh, au profit de NutraSweet, en offrant au client en question des réductions fondées sur l'aspartame utilisé dans les produits fabriqués aux États-Unis et importés au Canada. La réduction devait dépendre de la différence entre les prix américains et canadiens. Le Tribunal a décidé, notamment, que le fait que NutraSweet était disposée à offrir la réduction indépendamment de l'ampleur de la différence entre les prix américains et canadiens indiquait qu'elle avait l'intention de restreindre l'expansion de ses concurrents. De l'avis du Tribunal, l'utilisation de la position monopoliste conférée par le brevet américain dans le but de freiner la concurrence représentait une pratique anticoncurrentielle. Voilà un exemple de cas où une réduction, qui devrait normalement favoriser la concurrence, n'aurait pas été rentable, hormis le fait d'empêcher l'expansion des concurrents de NutraSweet. Dans l'affaire *Télé-Direct*, le fournisseur dominant d'annuaires téléphoniques commerciaux Télé-Direct a incité un fournisseur du produit appelé « audiotext » à s'abstenir de s'approvisionner en annuaires auprès de concurrents. Audiotext était un service fournissant des renseignements, comme les nouvelles et les conditions météorologiques, que les producteurs d'annuaires concurrents avaient relié à leurs produits. Le Tribunal a formulé les remarques suivantes : « [L]es seuls effets perceptibles que ce geste a eus sur les consommateurs et les annonceurs ont été négatifs. Le Tribunal est d'avis que le type de comportement auquel Télé-Direct s'est livrée à l'endroit du service audiotext à Sault-Sainte-Marie relève de la catégorie d'agissements anticoncurrentiels contre lesquels l'article 79 élève une protection ».

dominante et nuire de ce fait à la concurrence, à condition que ladite entreprise soit en mesure de maintenir ou d'accroître sa puissance commerciale, ce qui lui permettrait de recouvrer les pertes entraînées par la diminution de ses prix. Il est possible d'atteindre ce résultat en éliminant un concurrent, mais il faut aussi que les obstacles à l'entrée soient suffisants pour empêcher ou décourager l'arrivée de nouveaux venus dont la présence pourrait avoir pour effet d'empêcher l'entreprise dominante de hausser ses prix. En l'absence de ces obstacles, la pratique de prix d'éviction pourra être rentable si elle dissuade des concurrents éventuels d'entrer dans le marché, de crainte que cette même pratique ne se reproduise. Cette renommée rattachée à l'éviction peut aussi avoir pour effet de dissuader des concurrents potentiels de s'établir dans d'autres marchés où l'entreprise dominante exerce son activité, ce qui est de nature à encourager l'entreprise en question à poursuivre cette pratique abusive.

L'entreprise dominante peut également poursuivre une pratique d'éviction en vue de mettre au pas des concurrents qui ont décidé de s'attaquer à sa puissance commerciale. Les mesures disciplinaires visent à convaincre les entreprises ciblées de mettre fin à une pratique donnée, plutôt qu'à les éliminer ou à les exclure du marché. Le résultat net pour la concurrence peut toutefois être le même que l'élimination d'un rival si les mesures disciplinaires appliquées ont pour effet, justement, d'évincer le concurrent ciblé. Il suffit simplement de penser au cas du concurrent qui cherche à obtenir une part de marché en abaissant ses prix. L'entreprise dominante réagira en utilisant une stratégie de prix d'éviction, cherchant ainsi, non pas à éliminer ce concurrent, mais plutôt à le forcer à ramener ses prix à leurs niveaux précédents.

Dans le cas de pratique de prix d'éviction de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises dominantes, affirmer leur dominance de cette manière est suffisant pour démontrer qu'ils détiennent une vraie puissance commerciale, ce qui est de nature à rendre le recouvrement probable. Le Bureau cherchera également à savoir jusqu'à quel point cette pratique de prix d'éviction, et la réputation qui s'en dégage, sont de nature à dissuader des concurrents éventuels de s'établir dans ce même marché.

Après avoir établi qu'il y a dominance, le Bureau se demandera si l'entreprise dominante établit des prix inférieurs à une certaine mesure de ses coûts. Le Tribunal a insisté sur l'importance de cette comparaison entre les prix et les coûts dans l'affaire *NutraSweet*[41]. Dans le cadre de cette comparaison, le Bureau tiendra compte, pour évaluer les coûts, de tous les frais pouvant être évités, c'est-à-dire de tous les frais que l'entreprise aurait pu éviter en s'abstenant d'offrir tel produit ou tel service durant la période concernée.

Plusieurs agissements énumérés à l'article 78 ont trait à la pratique de prix d'éviction. L'alinéa 78(1)*i*) renvoie à la conduite anticoncurrentielle par laquelle l'entreprise dominante vend « des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent ». Bien que l'alinéa 78(1)*i*) décrive indéniablement une forme de pratique de prix d'éviction, son application est limitée par l'emploi des mots « articles » et « coût d'acquisition ». Dans l'affaire *NutraSweet*, le commissaire a tenté

41. Affaire *NutraSweet*, *supra*, note 2, p. 43.

d'appliquer l'alinéa 78(1)*i*) à un fabricant qui vendait son produit à un prix inférieur à son coût de fabrication. Le Tribunal a rejeté cette allégation au motif que cette disposition ne s'appliquait pas aux cas de fabrication où il n'y a pas d'achat et de revente d'articles[42]. Cependant, le Tribunal a indiqué clairement qu'en général, la pratique de prix d'éviction peut constituer, aux fins de l'article 79, une pratique anticoncurrentielle.

Une variante de la pratique de prix d'éviction est prévue à l'alinéa 78(1)c) (péréquation du fret), soit la situation qui se produit lorsqu'une entreprise établit ses frais de transport en fonction de la distance qui sépare l'établissement d'un client de celui d'une entreprise rivale, plutôt que de celle qui sépare son propre établissement de celui du client. En utilisant l'établissement de l'entreprise rivale comme point de référence, l'entreprise dominante touche, dans le cas des clients situés près de l'entreprise rivale, une marge de profit inférieure à celle qu'elle réalise dans le cas des clients qui sont situés près de chez elle. Cette pratique peut équivaloir à une diminution sélective des prix en vue d'évincer un concurrent, c'est-à-dire à une diminution des prix en faveur des acheteurs les plus susceptibles de faire affaire avec une entreprise rivale.

L'alinéa 78(1)*d*) indique que l'utilisation de « marques de combat » constitue une pratique anticoncurrentielle. Les marques de combat sont celles qu'une entreprise utilise pour nuire à un concurrent, l'objectif poursuivi étant soit de restreindre ou d'anéantir sa capacité concurrentielle, soit de le punir pendant un certain temps pour s'être livré à une concurrence trop agressive. Ces marques sont généralement conçues pour s'apparenter le plus possible aux produits ou services offerts par les concurrents. Ainsi, une entreprise dominante peut ouvrir un point de vente et y étaler les produits de sa marque de combat tout près d'un point de vente des mêmes produits offerts par un concurrent. De la même façon, une entreprise dominante peut adopter, pour créer une marque de combat, des normes et devis semblables à celles d'un concurrent. Étant donné que les marques de combat visent à offrir un produit ou un service semblable à celui du concurrent, leur utilisation peut se révéler particulièrement efficace lorsqu'elle s'insère dans une stratégie d'éviction. Dans l'affaire *Eddy Match*, qui portait principalement sur des marques de combat, la Cour a conclu que la société Eddy Match avait lancé de nouvelles marques d'allumettes dans le but d'empêcher l'entrée sur le marché des allumettes de bois[43].

4.4 Pratiques facilitantes

Les pratiques facilitantes ont pour effet d'accroître la capacité des entreprises de coordonner leurs agissements en vue de maintenir ou d'augmenter les prix. Dans ce contexte, un groupe d'entreprises se livrera à des pratiques facilitantes afin de s'assurer la collaboration des membres du groupe, laquelle est nécessaire pour préserver la dominance du groupe dans le marché pertinent. Habituellement, ces pratiques aident les entreprises à se surveiller mutuellement pour s'assurer qu'aucune d'elles ne triche, ou leur permettent de punir plus efficacement de tels écarts de conduite.

42. Affaire *NutraSweet*, *supra*, note 2, p. 43.
43. *R. c. Eddy Match Co. Ltd.* (1954), 20 C.P.R. 107 (C.A. Qc).

Parmi les exemples de pratiques facilitantes qui permettent aux entreprises de mieux surveiller les membres du groupe, mentionnons le fait d'annoncer à l'avance les augmentations de prix ou de publier des listes de prix. La divulgation des prix à l'intérieur du groupe peut aussi constituer une pratique facilitante. L'établissement de prix uniformes à la livraison, indépendamment de l'emplacement du client, peut également constituer une pratique facilitante. Subsidiairement, les entreprises peuvent adopter les mêmes points de base à partir desquels les frais de transport sont calculés. Les deux pratiques ont pour effet de simplifier l'établissement des listes de prix, de permettre à chaque entreprise d'offrir aux clients les mêmes prix et, du fait de cette transparence des prix, de faciliter la coordination de l'action.

Les entreprises peuvent se servir d'accords contractuels pour accroître la transparence et aussi pour infliger des sanctions plus efficaces. Les clauses de « l'offre concurrente » peuvent signaler à une entreprise que d'autres tentent de couper les prix, ce qui permet de déceler plus facilement les écarts de conduite. Ces clauses permettent aussi d'infliger des sanctions en autorisant l'entreprise à présenter une offre équivalente, ce qui empêchera le casseur de prix de faire la vente. D'autres pratiques similaires comportent des sanctions plus lourdes, par exemple, la promesse d'une entreprise d'abaisser de 10 p. 100 les prix de tout autre concurrent. Les clauses de la nation la plus favorisée ont pour effet d'obliger l'entreprise qui offre à un client donné un prix inférieur, à se punir elle-même, puisqu'elle devra offrir ce même prix inférieur à tous les clients bénéficiant de ces mêmes clauses. Ce type de clauses peut donc avoir pour effet de dissuader les diminutions de prix sélectives et de stabiliser l'interdépendance des oligopoleurs.

PARTIE 5 MESURES CORRECTIVES

5.1 Autres instruments de règlement des cas

Lorsque le commissaire est convaincu que la preuve justifie la présentation d'une demande au Tribunal, il a à sa disposition un certain nombre d'options destinées à corriger la situation. Au cours d'une enquête ou d'un examen, le commissaire fera connaître aux parties toute préoccupation préliminaire concernant les allégations de contravention à la Loi. Les parties ont alors la possibilité de proposer, en tout temps au cours de l'enquête ou de l'examen, une solution de rechange au recours au Tribunal et qui est de nature à satisfaire le commissaire.

Dans la plupart des cas, le commissaire préférera que les parties s'entendent sur une mesure corrective, ce qui lui permettra de soumettre le cas à l'examen du Tribunal sous forme d'une demande d'ordonnance par consentement. Il y a cependant lieu de rappeler ici que chaque cas est tranché en fonction des circonstances qui lui sont propres. Lorsqu'une partie dont la conduite fait l'objet d'un examen ou d'une enquête accepte volontairement de modifier ses pratiques commerciales de façon à répondre aux préoccupations du commissaire, celui-ci peut décider, exerçant son pouvoir de discrétion, de ne pas porter l'affaire à l'attention du Tribunal. Il peut même conclure, dépendant des circonstances, que l'agrément obtenu l'autorise à mettre un terme à l'examen ou à l'enquête.

Dans les cas où le Bureau a pu résoudre des problèmes de concurrence par une formule autre que la procédure habituelle, le commissaire doit voir à rendre publiques la démarche suivie et la solution retenue, ceci afin d'assurer, d'une part, la transparence du processus et de permettre, d'autre part, à toutes les parties intéressées de savoir non seulement que l'affaire est réglée, mais aussi les moyens qui ont été utilisés.

5.2 Ordonnances du Tribunal de la concurrence

Les dispositions sur l'abus de position dominante accordent au Tribunal de vastes pouvoirs quant aux mesures correctives applicables. Lorsque, sur présentation d'une demande du commissaire, le Tribunal estime que les éléments de l'article 79 sont réunis, il peut, conformément au paragraphe 79(1), rendre une ordonnance interdisant à l'intimé ou aux intimés de se livrer de nouveau à la pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a donné lieu au litige. De plus, ou subsidiairement, si le Tribunal estime qu'une ordonnance interdisant la poursuite de cette pratique n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans le marché concerné, il peut, conformément au paragraphe 79(2), rendre une ordonnance prévoyant la mise en application de toute mesure qu'il juge raisonnable et nécessaire, y compris le dessaisissement d'éléments d'actif ou d'actions, pour enrayer les effets de la pratique sur le marché en cause.

L'article 66 de la Loi énonce les sanctions applicables aux cas de d'inobservation d'une ordonnance du Tribunal. Toute personne qui contrevient ou omet de se conformer à une telle ordonnance commet une infraction et encourt : sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, l'amende que le Tribunal estime indiquée et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l'une de ces peines; sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 25 000 $ et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines.

5.3 Restrictions et exceptions

Bien qu'en vertu du paragraphe 79(2), le Tribunal soit investi de vastes pouvoirs quant aux mesures correctives applicables, les paragraphes 79(3) à 79(7) énoncent un certain nombre de restrictions, d'exceptions et de précisions quant aux ordonnances que le Tribunal peut rendre et aux demandes que le commissaire peut lui présenter. Voici un résumé de ces dispositions.

5.3.1 Paragraphe 79(3) — Droits de la personne

Le paragraphe 79(3) a pour effet de restreindre la portée d'une ordonnance rendue en application du paragraphe 79(2), de façon à protéger les droits de la personne visée par l'ordonnance. L'intention du législateur est de faire en sorte que l'ordonnance s'en tienne à son objet, qui est de rétablir la concurrence, sans aller au-delà. En d'autres termes, l'ordonnance doit être corrective et non punitive. Le paragraphe 79(3) énonce que l'ordonnance ne devrait porter atteinte aux droits de l'intimé que dans la mesure requise pour rétablir la concurrence. Cette restriction a pour but de protéger les liens contractuels pouvant exister entre des personnes, ainsi que d'autres éléments de propriété exclusifs, par exemple des secrets commerciaux, à moins que la divulgation de ces contrats ou de ces secrets ne soit absolument nécessaire au rétablissement de la concurrence.

5.3.2 Paragraphe 79(4) — Rendement concurrentiel supérieur

Le paragraphe 79(4) a pour objet de contraindre le Tribunal, lorsqu'il étudie un cas de diminution sensible de la concurrence dans un marché donné, à se demander si la diminution en cause résulte d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels instaurée par l'entreprise ou les entreprises dominantes, ou si elle n'est pas plutôt imputable à un rendement concurrentiel supérieur de leur part. Il n'oblige pas le Tribunal à mettre en balance, d'un côté, le rendement concurrentiel supérieur et, de l'autre côté, les effets des agissements anticoncurrentiels[44]. Le rendement concurrentiel supérieur ne constitue en somme que l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer la cause de la diminution de la concurrence, et il ne saurait être considéré comme un objectif qui permettrait de justifier des agissements anticoncurrentiels. Au sein d'un groupe d'entreprises qui sont en concurrence, celle qui a des coûts moins élevés, des techniques de distribution ou de production supérieures et un éventail de produits plus vaste possède déjà, *ipso facto*, une puissance concurrentielle qui, en soi, par la force des choses, peut effectivement avoir pour effet de provoquer l'élimination ou l'affaiblissement de concurrents qui sont en moins bonne posture, d'où, forcément, un abaissement de la concurrence dans le marché en cause. C'est le type de dynamique que la Loi cherche à préserver et, dans la mesure du possible, à renforcer, puisqu'elle mène à une utilisation plus efficiente des ressources.

5.3.3 Paragraphe 79(5) — Exercice des droits de propriété intellectuelle

L'exercice, par une entreprise dominante, des droits de propriété intellectuelle qui lui sont exclusifs ne constitue pas, en soi, une conduite abusive. Le paragraphe 79(5) établit clairement que l'utilisation, à des fins légitimes, des droits de propriété intellectuelle ne constitue pas un acte anticoncurrentiel. À noter toutefois que l'abus de ces droits pourrait résulter en une violation de l'article 79.

44. Cette disposition est bien différente de l'article 96, qui concerne les fusionnements et exige que soient contrebalancés les gains en efficience résultant ou pouvant résulter d'un fusionnement, et toute diminution importante de la concurrence résultant ou pouvant résulter du même fusionnement.

5.3.4 Paragraphe 79(6) — Prescription de trois ans

Le paragraphe 79(6) précise qu'aucune mesure ne peut être prise à l'encontre d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels lorsque telle pratique a cessé depuis plus de trois ans.

5.3.5 Paragraphe 79(7) — Procédures engagées en vertu de l'article 45 ou de l'article 92

Le paragraphe 79(7) exige que le commissaire choisisse entre les dispositions relatives au complot, au fusionnement ou à l'abus de position dominante lorsqu'il décide de présenter une recommandation au procureur général (allégation de complot criminel) ou une demande au Tribunal (en vertu des dispositions civiles). Le paragraphe codifie, pour les cas de fusionnement, de complot et d'abus de position dominante, le principe de common law selon lequel aucune personne ne peut être poursuivie deux fois pour une cause d'action identique ou quasi identique. Le choix des dispositions contenues dans l'un ou l'autre article dépendra des faits relatifs à chaque cas, et de la nature de la mesure corrective recherchée pour régler le problème de concurrence à l'étude[45].

45. L'article 45 est la disposition criminelle interdisant les complots, tandis que l'article 92 est la disposition civile qui concerne les fusionnements.

ANNEXE I DISPOSITIONS DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE* RELATIVES À L'ABUS DE POSITION DOMINANTE (ARTICLES 78 ET 79)

78. (1) Pour l'application de l'article 79, « agissements anti-concurrentiels » s'entend notamment des agissements suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;

d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;

f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;

g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;

h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent.

j) à l'égard des exploitants d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, les agissements précisés à l'alinéa (2)*a*);

k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, de ne pas donner

accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions[46].

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement pris sur recommandation du ministre et du ministre des Transports :

a) préciser des agissements pour l'application de l'alinéa (1)*j*);

b) préciser des installations ou services essentiels pour l'application de l'alinéa (1)*k*).

L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 45; 2000, ch. 15, art. 13.

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

46. Voir la note 1.

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

(7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :

a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45;

b) contre laquelle une ordonnance est demandée en vertu de l'article 92,

si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45 ou 92.
L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 45; 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37.

ANNEXE II APERÇU DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS ÉTABLIS PAR LA JURISPRUDENCE

Contrôle

Le « contrôle » signifie, au sens économique, la « puissance commerciale » (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* et *Télé-Direct*).

La « puissance commerciale » est « la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels pendant une longue période » (*Laidlaw* et *Nielsen*).

Habituellement, une part de marché élevée ainsi que des obstacles à l'entrée permettront de conclure à l'existence d'une « puissance commerciale » (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* et *Télé-Direct*).

Une part de marché élevée permettra, à elle seule, de conclure à première vue qu'une partie occupe une position dominante (*Laidlaw* et *Nielsen*).

En l'absence d'obstacles à l'entrée, des entreprises dont la part de marché est élevée ne peuvent exercer une puissance commerciale (*Télé-Direct*).

L'existence de coûts irrécupérables ou d'économies d'échelle n'est pas suffisante, à elle seule, pour constituer un obstacle à l'entrée dans le marché (*NutraSweet*, *Laidlaw* et *Nielsen*).

Catégorie ou espèce d'entreprises

« Catégorie ou espèce d'entreprises » est synonyme de « marché du produit » du point de vue économique (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* et *Télé-Direct*).

À la grandeur du Canada ou d'une de ses régions

Les mots « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » sont synonymes, du point de vue économique, de « marché géographique » (*NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* et *Télé-Direct*).

Le critère servant à définir le marché du produit (soit la substituabilité) devrait être le même pour la définition du marché géographique (*Laidlaw*).

Il ne convient pas d'appliquer le critère du monopole hypothétique prévu dans *Fusionnements — Lignes directrices pour l'application de la Loi* (Bureau de la concurrence, 2000) pour définir le marché géographique dans un cas d'abus de position dominante, car la question concerne une situation existante plutôt que l'évaluation d'une situation éventuelle, comme dans le cas d'un fusionnement (*Laidlaw*).

Pratique d'agissements anticoncurrentiels

Pour qu'il y ait « pratique », il faut plus qu'un agissement isolé. Différents agissements anticoncurrentiels pourraient, ensemble, constituer une « pratique » (*NutraSweet* et *Nielsen*).

L'existence d'une intention subjective n'est pas nécessaire pour conclure qu'une pratique donnée est anticoncurrentielle (*NutraSweet*, *Laidlaw* et *Télé-Direct*).

Pour décider si l'agissement anticoncurrentiel reproché tombe sous le coup de l'article 78, il faut déterminer la nature et l'objet de l'agissement ainsi que les effets qu'il a eus sur les marchés en question. L'analyse doit tenir compte des intérêts commerciaux des parties ainsi que des conséquences de l'agissement sur la concurrence (*Nielsen* et *Télé-Direct*).

En l'absence d'éléments prouvant le contraire, les parties sont présumées vouloir les conséquences de leurs actes (*Laidlaw* et *Nielsen*).

L'existence ou l'absence d'arguments légitimes sur la question de l'efficience et d'éléments justificatifs d'ordre commercial sont des facteurs importants à considérer avant de décider si un agissement est anticoncurrentiel ou non. Le Tribunal a toutefois souligné que l'existence d'un objectif commercial légitime ne suffit pas, en soi, lorsqu'une partie bénéficie d'une puissance commerciale importante, à justifier la pratique d'agissements anticoncurrentiels (*Nielsen* et *Télé-Direct*).

Pratique ayant pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence

Afin d'évaluer les conséquences d'une pratique d'agissements anticoncurrenciels, le Tribunal examinera dans quelle mesure ces agissements ont pour effet de maintenir ou d'accroître les obstacles à l'entrée et, de façon plus générale, de préserver ou d'accroître la part du marché des auteurs de cette pratique (*NutraSweet* et *Nielsen*).

La question de savoir si une pratique a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence peut être assimilée à la question de savoir dans quelle mesure les agissements anticoncurrentiels « ont nui à la possibilité d'une entrée économiquement viable sur le marché » (*Nielsen*).

Lorsqu'une entreprise bénéficie d'une forte puissance commerciale dans un marché où il n'existe, au départ, à peu près aucune concurrence, une conséquence néfaste, même mineure, pour un concurrent, sera considérée comme étant très importante (*Télé-Direct*).

ANNEXE III COMPRESSION VERTICALE CONSTITUANT UNE PRATIQUE D'EXCLUSION

Introduction

La première pratique d'agissements anticoncurrentiels mentionnée à l'article 78 est la « compression ». Cette pratique est définie dans la Loi comme suit :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue.

La pratique décrite à l'article 78 est très précise. Elle s'applique aux ventes faites par un fournisseur situé en amont de la chaîne à un client situé en aval et qui, outre son statut de client, est aussi un concurrent. Il y a compression lorsque le fournisseur (en amont) augmente le prix de gros par rapport au prix de détail, ce qui rétrécit la marge bénéficiaire de ses clients (en aval). Il peut également y avoir compression lorsque le prix de gros demeure le même, mais que le fournisseur abaisse le prix de vente au détail, forçant ainsi son client et concurrent à faire de même.

Envisagé sous l'angle de la politique relative à la concurrence, le concept de la « compression » est bien différent du concept de l'érosion de la marge bénéficiaire découlant des pressions exercées par une saine concurrence. S'ils sont interrogés à ce sujet, la plupart des concurrents se plaindront que leurs marges sont insuffisantes à cause de la concurrence féroce qui se livre dans le marché. La compression des marges peut indiquer la vigueur de la concurrence sur le marché concerné, et ne pas nécessairement résulter d'une pratique de prix d'éviction à laquelle se livreraient les grandes entreprises. La marge bénéficiaire peut être comprimée lorsqu'un marché est en déclin, qu'il est encombré ou qu'il doit faire l'objet d'un remodelage en raison de l'évolution des tendances des consommateurs. En pareil cas, une marge bénéficiaire rétrécie peut constituer un signal pour les entreprises moins efficaces, à savoir qu'il est temps de quitter le marché.

La théorie des formes de compression anticoncurrentielles

L'article 79 traite de la pratique de compression à laquelle se livrent une entreprise ou un groupe d'entreprises dominantes *dans le but* d'exclure ou d'évincer les concurrents du marché ou de mettre au pas ceux qui représentent une menace. L'objet de cette compression est de dissuader ou d'empêcher de nouveaux venus de faire leur entrée dans le marché en aval, de confiner les entreprises en aval à de petits créneaux du marché, ou de les éliminer du marché.

Cette forme de compression a pour effet de diminuer la concurrence dans le marché en aval à un point tel que l'entreprise qui pratique la compression peut exercer une puissance commerciale en augmentant ses marges de profit ou en abaissant la qualité ou le service. Le but de la compression comme moyen d'éviction est donc de faire des superbénéfices. Il convient de distinguer cette pratique d'une stratégie normale qui, face à une baisse de la demande ou à l'évolution des habitudes de consommation, consiste à minimiser les pertes.

Conditions structurelles préalables à l'extension de la puissance commerciale à un autre stade de production

Pour décider si une allégation de compression des prix tombe sous le coup de l'article 79, le Bureau examinera les conditions structurelles du marché en question. Si certaines conditions structurelles ne sont pas présentes, la compression des prix exercée sur un concurrent en aval ne pourra pas constituer une stratégie rentable pour un fournisseur intégré dominant. Pour que l'accroissement vertical de la puissance commerciale soit une stratégie rentable, il faut que certaines conditions structurelles soient réunies, autant dans le marché en amont que dans celui qui se situe en aval. Il doit d'abord y avoir une puissance commerciale sûre et importante constituée d'une ou de plusieurs entreprises opérant sur le marché en amont (c'est-à-dire le marché de la vente en gros). Si tel n'est pas le cas, les clients en aval pourront éviter la compression en se tournant vers d'autres fournisseurs. Par conséquent, pour que l'on puisse considérer la pratique de compression des prix comme étant anticoncurrentielle, il faut d'abord pouvoir conclure à l'existence d'une position dominante unilatérale ou conjointe dans le marché de la vente en gros.

Lorsque aucune entreprise ne détient, à elle seule, une position dominante sur le marché, mais qu'un groupe d'entreprises coordonne son action de façon à constituer une puissance commerciale et à en faire une utilisation abusive, cette coordination constitue, en soi, une pratique anticoncurrentielle, pour la raison qu'elle confère artificiellement une puissance commerciale aux membres d'un groupe d'entreprises qui seraient autrement tenus de se faire concurrence.

Établissement du fondement de la compression anticoncurrentielle

Tel que déjà mentionné, la simple compression ou érosion des marges de profit ne suffit pas pour conclure qu'une ou plusieurs grandes entreprises se livrent à des agissements anticoncurrentiels. Même si les entreprises en question occupent une position dominante dans le marché, il est nécessaire, pour pouvoir faire la distinction entre une conduite qui justifierait la présentation d'une demande d'ordonnance au Tribunal et un comportement concurrentiel par ailleurs légitime, d'examiner attentivement leurs pratiques en matière d'établissement des prix. Tel qu'il est indiqué dans cette section, le Bureau inclura dans son analyse l'examen de plusieurs scénarios économiques possibles.

Le fournisseur (grossiste) qui possède la puissance commerciale nécessaire pour exercer le contrôle, et qui n'a pas acquis cette puissance par des moyens allant à l'encontre de la Loi, peut tirer des profits de monopole simplement en fixant, à l'étape de la vente en gros, un prix de monopole pour un produit donné. Cette pratique ne constitue pas une utilisation abusive de la puissance commerciale, car le fournisseur qui touche déjà le rendement maximal, n'a pas intérêt à exiger un prix pouvant avoir pour effet d'éliminer ses clients ou de les mettre au pas.

Pour que l'extension du pouvoir monopolistique soit logique, les données doivent indiquer que la dominance exercée à un niveau de la production (celui de la vente en gros) ne suffit pas et qu'elle doit s'étendre au moins à un autre niveau (celui de la vente au détail). Il y a plusieurs cas où l'extension de la puissance commerciale à un autre niveau de production peut être rentable.

Une situation de cette nature existe dans le cas des proportions variables. Lorsque l'intrant fourni par l'entreprise monopoliste située en amont n'est pas utilisé par les entreprises en aval dans des proportions déterminées, il ne suffira pas, pour tirer pleinement partie du pouvoir monopolistique en amont, de fixer un prix monopolistique au niveau de la vente en gros, parce que les utilisateurs en aval substitueront le produit d'un détenteur de monopole s'il augmente son prix. Il faudrait, pour que pareille stratégie réussisse, que le détenteur d'un monopole puisse obliger le client en aval à utiliser l'intrant dans des proportions supérieures à ce qui serait le cas en l'absence d'un pouvoir monopolistique en amont.

D'autres façons de procéder, pour que l'extension de la puissance commerciale d'un stade à un autre soit profitable, consisteraient à contourner la réglementation des prix en amont ou à exploiter les possibilités de discrimination des prix en aval.

Lorsque la concurrence est imparfaite aux deux stades de production, les entreprises intégrées sembleront toujours se livrer à des pratiques de compression à l'endroit de leurs concurrents non intégrés. La raison en est que la marge bénéficiaire d'une entreprise intégrée verticalement dans des conditions de concurrence imparfaite est toujours inférieure au total des marges bénéficiaires d'une entreprise située en aval et de tout fournisseur non lié qui se trouve en amont. Les économistes parlent alors du problème de la double majoration des prix. Prenons le cas d'une entreprise dominante qui, seule en amont, fournit un intrant à deux entreprises faiblement concurrentielles qui, sises en aval, vendent leur produit aux consommateurs. S'il n'y a pas d'intégration verticale, l'entreprise en amont exigera des entreprises en aval, pour l'intrant qu'elle leur vend, un prix supérieur au coût marginal (le prix normal dans un marché où la concurrence est parfaite). Ces entreprises majoreront à leur tour le prix du produit qu'elles vendent aux consommateurs. C'est le problème de la double majoration des prix, c'est-à-dire la majoration de prix déjà majorés à l'étape précédente.

Prenons maintenant un autre cas, celui d'une entreprise dominante sise en amont qui fusionne avec l'une des entreprises sises en aval, tout en continuant d'approvisionner l'autre entreprise ou les autres entreprises non intégrées, également sises en aval. La Division en amont de l'entreprise intégrée verticalement fournit maintenant l'intrant, à un coût marginal (aucune marge bénéficiaire), à la Division en aval, laquelle majorera son prix. Cette majoration unique est inférieure au total des majorations auparavant fixées par les entreprises en amont et en aval, de sorte que l'entreprise intégrée verticalement accroît sa production et abaisse ses prix tandis que son concurrent non intégré qui se trouve en aval perd une part de marché ou est obligé de baisser son prix. Dans l'un ou l'autre cas, il y a perte de profits, malheureuse pour le concurrent non intégré, mais avantageuse pour le consommateur de même que pour l'économie. En raison de la marge bénéficiaire globale inférieure de l'entreprise intégrée, les entreprises non intégrées qui achètent de celle-ci semblent être soumises à une manœuvre de compression de sa part. Cette compression apparente n'est toutefois pas forcément liée à une stratégie d'éviction et ne serait donc pas nécessairement considérée comme une pratique anticoncurrentielle.

Critères permettant de décider si la compression constitue une pratique anticoncurrentielle

Il est évident qu'une analyse approfondie s'impose pour déterminer dans quels cas la compression constitue une pratique anticoncurrentielle. Lorsqu'il est saisi d'allégations de cette nature et qu'il estime que l'entreprise faisant l'objet de la plainte contrôle le marché pertinent, le Bureau cherchera à savoir si la compression reprochée a eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Pour répondre à cette question par l'affirmative, le Bureau doit être en mesure de conclure que la compression en cause, par ses effets de mise au pas, d'exclusion ou d'éviction, a permis à l'entreprise dominante ou à celle qui s'est livrée à cette pratique de maintenir ou d'accroître sa puissance commerciale. Si ce fait est établi, le Bureau poursuivra son examen en présumant, dès ce moment-là, que la compression des marges bénéficiaires alléguée dans la plainte est anticoncurrentielle.

Il existe plusieurs situations où un concurrent peut resserrer les marges bénéficiaires d'un autre. La plupart de ces situations sont compatibles avec une concurrence saine et ne posent pas de problème au sens de la Loi. La compression de la marge bénéficiaire va à l'encontre de l'article 79 dans les cas où une entreprise ou un groupe d'entreprises dominantes intégrées verticalement jugent rentable de resserrer la marge bénéficiaire des concurrents non intégrés situés en aval, afin de les évincer ou de les mettre au pas, et où cette pratique entraînera une hausse des prix pour le consommateur. Voici les caractéristiques de ces situations :

(1) Les conditions structurelles de la domination unilatérale ou conjointe au stade pertinent de production en amont (comme la vente en gros) doivent être réunies. Ces conditions sont énoncées à la section 3.2.1d) des présentes lignes directrices. Voici quelques-unes des conditions qui doivent être réunies pour conclure à l'existence d'une forme de contrôle de la part d'un groupe d'entreprises :

a) Les entreprises doivent détenir ensemble une part importante du marché en question. Étant donné qu'il est foncièrement difficile pour les concurrents non affiliés de coordonner leur action pour exercer une puissance commerciale sur le marché, le seuil de la part de marché collective devrait être plus élevé que dans les cas où la domination est exercée par une seule entreprise.
b) L'élément de preuve doit indiquer que l'action a pour effet d'entraîner une hausse des prix ou qu'elle s'apparente à une forme de pratique d'agissements anticoncurrentiels.
c) L'élément de preuve doit indiquer l'existence d'entraves à l'entrée au sein du groupe ainsi que d'obstacles empêchant de nouveaux venus d'avoir accès au marché en question. Par définition, une action équilibrée et bien coordonnée est une action qui a pour effet d'augmenter les prix au sein du groupe au-delà des niveaux concurrentiels, ce qui est de nature à inciter d'autres entreprises à se joindre au groupe. Un exemple de preuve d'obstacles à l'entrée réside dans l'application de mesures d'exclusion qui empêchent un nouveau venu de faire partie du groupe. De façon générale, il est tout aussi difficile d'établir une coordination de cette

nature que de prouver l'existence d'une entente, et il est donc nécessaire de mettre en preuve une certaine capacité d'exclure les entreprises extérieures (p. ex., une asymétrie qui permet aux entreprises conjointement dominantes de bénéficier d'un avantage unique sur l'entreprise qui s'estime lésée).

d) Même dans les cas où une action coordonnée est plausible et où il existe suffisamment d'obstacles à l'entrée au sein du groupe, la possibilité d'une rivalité entre les membres du groupe (par exemple, la tricherie) est souvent une contrainte importante qui empêche un groupe d'entreprises de coordonner leur action de façon rentable. Il faut donc avoir des éléments de preuve concrets établissant que les membres du groupe ont pris des mesures destinées à freiner la concurrence entre eux[47].

e) Enfin, il faut avoir la preuve qu'un grand nombre de clients ne peuvent utiliser de stratégies de réplique. Les clients importants sont souvent en mesure de structurer leurs activités d'approvisionnement de façon à neutraliser les efforts que déploient les membres d'un groupe d'entreprises pour atténuer la rivalité entre eux (soit, par exemple, en utilisant le processus d'appel d'offres, soit en concluant des ententes secrètes avec certains vendeurs, soit encore en n'achetant les extrants qu'en petites quantités, l'objectif de cette dernière tactique étant de porter atteinte à la règle du partage implicite des extrants, essentielle au maintien d'une action coordonnée).

(2) Il faut prouver que l'élimination ou, du moins, la diminution sensible de la concurrence au dernier stade de la production (comme celui de la vente au détail) est possible. On peut y arriver en établissant qu'il existe des obstacles à l'accès au marché, qu'il s'agisse ou non d'un nouveau venu, qu'il n'y a aucun proche substitut et que l'entreprise ou le groupe d'entreprises dominantes possèdent déjà une part importante du marché en aval.

(3) Il faut également prouver qu'il y a eu une compression des prix visant l'exclusion et que celle-ci a été suffisamment prolongée et systématique pour constituer une pratique.

(4) Il faut aussi prouver que l'entreprise dominante désire étendre sa puissance commerciale à un autre stade de production en vue d'accroître ses profits. À cette fin, il est possible de démontrer que la capacité dont dispose l'entreprise dominante pour exploiter sa puissance commerciale à ce stade de production, qu'elle domine déjà, est restreinte.

47 Les pratiques facilitantes peuvent avoir pour but de permettre aux entreprises de mieux coordonner leur action ou de déceler les écarts de conduite par rapport aux conditions de la coordination. Mais il peut aussi arriver, au même moment, que l'on s'adonne à ces pratiques pour des raisons de bonne gestion commerciale (par exemple, dans le but de fournir aux consommateurs des renseignements sur les prix, ou de protéger les stimulants relatifs à certains investissements), et qui n'ont donc rien à voir avec une action qui serait coordonnée dans un dessein malintentionné. Il faut examiner la raison d'être et les effets probables de ces pratiques avant de les considérer comme élément de preuve d'une forme de contrôle conjoint.

ANNEXE IV RÉSUMÉ DES DÉCISIONS RENDUES PAR LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

Introduction

Le lecteur trouvera dans la présente annexe un résumé des six décisions que le Tribunal de la concurrence a rendues depuis l'ajout des dispositions sur l'abus de position dominante dans la *Loi sur la concurrence* en 1986[48]. De ces six décisions, quatre portaient sur des demandes contestées, soit les affaires *NutraSweet*, *Laidlaw*, *Nielsen* et *Télé-Direct*. Les deux autres, soit celles rendues dans les affaires *Interac* et CANYPS, traitaient des allégations de domination conjointe, affaires qui ont été tranchées au moyen d'une ordonnance par consentement. Dans les six cas, le Tribunal a rendu une ordonnance.

Le présent résumé illustre la position du Tribunal sur les principaux éléments de l'article 79. Il comporte également des exemples des types de comportement examinés et des circonstances dans lesquelles le Tribunal a reconnu et défini les agissements anticoncurrentiels. On y trouvera de plus des renseignements sur la portée et la nature des mesures correctives imposées en application de l'article 79.

NUTRASWEET

Principaux faits

Marché du produit :	l'édulcorant artificiel nommé aspartame
Marché géographique :	Canada
Part de marché :	95 p. 100
Date du dépôt de la demande :	juin 1989
Date de l'ordonnance :	octobre 1990

Agissements anticoncurrentiels

- Clauses contractuelles par lesquelles NutraSweet exigeait, expressément ou tacitement, l'exclusivité :
  - — clauses obligeant les clients à acheter de NutraSweet la totalité de leur aspartame;
  - — octroi de remises et de déductions de prix aux clients qui utilisaient le logo et le nom de NutraSweet;
  - — octroi d'allocations promotionnelles sous condition de l'utilisation exclusive du produit NutraSweet;
  - — clauses de l'offre concurrente et de la nation la plus favorisée.

« Ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence »

- NutraSweet bénéficiait d'une part de marché élevée.
- Les contrats couvraient 90 p. 100 du marché.
- Les contrats contenaient une clause d'exclusivité, ce qui empêchait d'autres concurrents d'entrer sur le marché.
- Divers obstacles à l'entrée ont été établis, notamment des frais élevés de changement de fournisseur, des coûts irrécupérables, un délai d'entrée de deux ans et des économies d'échelle.

Ordonnance

- Le Tribunal a interdit à NutraSweet de faire valoir les clauses contractuelles exigeant, expressément ou tacitement, l'exclusivité.
- Le Tribunal a interdit à NutraSweet de conclure d'autres contrats comportant des clauses de cette nature.

48. *NutraSweet*, *supra*, note 2; *Laidlaw*, *supra*, note 14; CANYPS, *supra*, note 25; *Nielsen*, *supra*, note 15; *Interac*, *supra*, note 25; *Télé-Direct*, *supra*, note 23.

Autres questions

- L'argument que le non-paiement des impôts sur le revenu et l'application de prix d'éviction étaient des agissements anticoncurrentiels n'a pas été retenu par le Tribunal.
- Aucune ordonnance n'a été rendue au sujet des allégations selon lesquelles NutraSweet aurait vendu le produit à un prix inférieur au prix coûtant et accordé des rabais à une partie pour tenir compte des différences du taux de change.
- Le Tribunal a rejeté les moyens de défense de NutraSweet fondés sur le rendement concurrentiel supérieur, l'effet de parasitisme (c.-à-d. le fait que d'autres parties avaient bénéficié de son investissement) ainsi que sur l'efficience et les justifications commerciales.

LAIDLAW

Principaux faits

Marché du produit :	services de cueillette et d'élimination de déchets commerciaux
Marché géographique :	quatre collectivités situées sur l'île de Vancouver
Part de marché :	87 p. 100
Date du dépôt de la demande :	mars 1991
Date de l'ordonnance :	janvier 1992

Agissements anticoncurrentiels

- Acquisition de concurrents;
- clauses interdisant la concurrence pendant une période prolongée dans les contrats d'achat des concurrents;
- pratiques contractuelles :
  - — signature, avec les clients, de contrats à long terme se renouvelant automatiquement;
  - — fixation d'un montant excessif à titre de dommages-intérêts;
  - — droit de premier refus;
  - — intimidation sous forme de menaces de poursuites ou autres genres de menaces visant à empêcher les clients de changer de fournisseur.

« Ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence »

- L'existence de prix élevés et les majorations de ces prix indiquaient que Laidlaw possédait une puissance commerciale.
- Les contrats conclus entre Laidlaw et ses clients avaient pour effet de restreindre la concurrence.
- Certains obstacles importants à l'entrée, notamment les pratiques contractuelles de Laidlaw, ont empêché la création de la clientèle de base dont les nouveaux venus auraient eu besoin.
- L'acquisition de concurrents a créé un monopole local.

Ordonnance

- Le Tribunal a interdit à Laidlaw de faire d'autres acquisitions dans trois marchés désignés pendant trois ans.
- Le Tribunal a modifié et supprimé certaines clauses figurant dans les contrats de Laidlaw et portant sur le droit de premier refus, l'interdiction de concurrence, l'exclusivité, et les dommages-intérêts à verser en cas de résiliation prématurée.
- Le Tribunal a décidé que les clients ne seraient plus tenus de divulguer les offres faites par des concurrents.
- La période de validité des contrats initiaux et renouvelés a été ramenée à un an.
- Le Tribunal a autorisé la résiliation sur remise d'un avis de trente jours.
- Le Tribunal a imposé à Laidlaw des obligations quant aux avis et aux renseignements à fournir :
  - — Laidlaw a été sommée d'aviser ses clients que les clauses contractuelles visées par l'ordonnance ne seraient plus appliquées;
  - — Laidlaw a été sommée d'expliquer à ses clients toute modification apportée aux contrats;
  - — Laidlaw a été sommée de faire connaître l'existence de l'ordonnance à ses clients et aux gestionnaires de ceux-ci;
  - — Laidlaw a été sommée d'aviser ses employés par écrit qu'elle entendait faire respecter la Loi dans son entreprise;
  - — Laidlaw a été sommée de fournir au Bureau une copie de tous ses contrats actuels et futurs.

Autres questions

- Laidlaw a invoqué des raisons économiques et commerciales, et notamment ses investissements, pour justifier plusieurs des clauses contractuelles contestées. Le Tribunal a décidé que ces clauses ne pouvaient se justifier pour des raisons d'efficience ni pour les conséquences avantageuses qu'elles avaient pour le consommateur. Les agissements ont simplement permis à Laidlaw de conserver sa clientèle, empêchant de ce fait l'accès au marché.
- Laidlaw a soutenu que les fusionnements tombaient sous le coup de l'article 91 de la Loi et ne pouvaient donc constituer des agissements anticoncurrentiels au sens de l'article 78. Le Tribunal a rejeté cet argument.
- Le Tribunal a condamné l'utilisation de menaces de la part de Laidlaw, estimant qu'il s'agissait là d'une conduite répréhensible et anticoncurrentielle.

NIELSEN

Principaux faits

Marché du produit :	services de dépistage des données du marché par balayage électronique
Marché géographique :	Canada
Part de marché :	100 p. 100
Date du dépôt de la demande :	octobre 1994
Date de l'ordonnance :	avril 1995

Agissements anticoncurrentiels

- Utilisation de contrats exclusifs afin d'empêcher les concurrents d'avoir accès aux données prélevées par balayage électronique :
  - — contrats à long terme (d'une durée d'au moins trois ans);
  - — clause de la nation la plus favorisée pour assurer qu'aucun concurrent ne reçoive moins pour ses données que le prix payé à Nielsen;
  - — conditions strictes à l'égard de la résiliation, notamment l'obligation de donner un avis longtemps à l'avance, et pénalités financières en cas de résiliation prématurée;
  - — renouvellements structurés sur une base échelonnée de façon à restreindre les sources de données disponibles, créant ainsi un obstacle à l'entrée sur le marché;
  - — paiement d'une somme d'argent au détaillant pour l'obtention de l'accès exclusif aux données ou pénalités financières imposées au détaillant qui fournirait des données à un concurrent.

« Ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence »

- En exerçant un contrôle de 100 p. 100 et en utilisant des méthodes visant à empêcher l'accès au marché, Nielsen a pu maintenir et accroître sa puissance commerciale.
- Les méthodes de Nielsen ont créé des obstacles là où il n'en existait pas.
- La nature de l'industrie ne permettait pas l'entrée sur le marché après un certain temps, étant donné que les données à utiliser à des fins de comparaison étaient déjà nécessaires au départ.
- L'objet des contrats et les conséquences résultant de leur application étaient anticoncurrentiels.

Ordonnance

- Le Tribunal a imposé des modifications touchant les contrats de Nielsen :
  - — les clauses empêchant ou restreignant la fourniture de données à tout demandeur ont été déclarées nulles et non avenues;
  - — les clauses visant à promouvoir l'exclusivité des données prélevées par balayage électronique ont été déclarées inapplicables;
  - — les incitatifs visant à restreindre la fourniture de données ont été supprimés;
  - — l'utilisation de la clause de la nation la plus favorisée a été interdite pour une période de vingt-quatre mois, établie à compter de la date de délivrance de l'ordonnance;
  - — la même condition a été imposée pour tous les contrats postérieurs signés dans les dix-huit mois suivant la date de l'ordonnance;
  - — la période des contrats à long terme pour les services dispensés par Nielsen a été réduite.

- Le Tribunal a enjoint à Nielsen de fournir les données prélevées pendant la période de quinze mois précédant immédiatement la date de la demande d'un nouveau concurrent sur le marché, Information Resources, Inc.

Autres questions

- Le Tribunal a examiné plusieurs arguments tendant à justifier les méthodes de Nielsen, mais a conclu que l'interdiction d'accès ne pouvait être justifiée pour des raisons commerciales ou d'efficience.
- Jugeant que les agissements étaient anticoncurrentiels, le Tribunal a statué que l'existence d'un motif commercial valable n'atténuait pas la portée de la conduite.
- Nielsen a soutenu que ses contrats étaient nécessaires pour empêcher un concurrent de profiter indûment de son investissement. Le Tribunal a rejeté également cet argument.

TÉLÉ-DIRECT

Principaux faits

Marché du produit :	publicité-annuaire
Marché géographique :	marchés locaux dans l'ensemble du Canada
Part de marché :	96 p. 100 de l'espace publicitaire 25 p. 100 des services de publicité
Date du dépôt de la demande :	décembre 1994
Date de l'ordonnance :	février 1997

Agissements anticoncurrentiels

- Vente liée d'espace publicitaire dans les annuaires des Pages Jaunes et de services de vente ayant trait notamment au conseil, à la conception et à l'administration;
- discrimination à l'endroit d'éditeurs indépendants d'annuaires, d'agences de publicité et de consultants en ce qui a trait aux clients et aux commissions;
- réductions de prix ciblées et autres stratégies concurrentielles contre des éditeurs d'annuaires rivaux;
- refus d'accorder une licence pour des marques de commerce.

« Ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence »

- La publicité-annuaire est un marché distinct qui ne comporte aucun proche substitut.
- Télé-Direct détenait une part très importante du marché.
- L'accès au marché n'était pas facile.

Ordonnance

- Télé-Direct a été sommée de cesser de lier vente d'espace et services.
- Télé-Direct a été sommée de fixer un prix distinct pour l'espace et pour les services ou d'offrir une commission acceptable pour la fonction service.
- Télé-Direct a été sommée de cesser de faire montre de discrimination à l'endroit des consultants et de leurs clients.

Autres questions

- Le Tribunal a rejeté les allégations concernant :
  - — les agissements anticoncurrentiels contre des éditeurs, lesquels agissements représentaient, selon le Tribunal, des réactions concurrentielles légitimes à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché;
  - — les agissements anticoncurrentiels contre des agences de publicité, au motif que Télé-Direct n'occupait pas une position dominante dans ce secteur du marché et qu'il n'y avait pas eu de prévention ou de diminution importante de la concurrence;
  - — le fait d'empêcher l'utilisation de la marque Pages Jaunes et du logo des doigts qui marchent, le Tribunal a en effet conclu que cela constituait un exercice légitime des droits de Télé-Direct en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*.

INTERAC

Principaux faits

Marché du produit :	services de réseau de commerce bancaire électronique permettant des transactions par l'entremise des guichets automatiques et des cartes de débit
Marché géographique :	Canada
Part de marché :	100 p. 100
Date du dépôt de la demande :	décembre 1995
Date de l'ordonnance :	juin 1996

Agissements anticoncurrentiels

- Interdiction de nouveaux membres;
- droits d'adhésion plus élevés pour les fournisseurs de services financiers concurrents;
- frais de service imposés aux entités qui n'étaient pas directement reliées au réseau et qui devaient passer par un autre membre;
- restrictions à la concurrence des prix et des services.

« Ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence »

- Absence de réseau subsidiaire et obstacles importants à l'accès au marché;
- accès restreint au réseau principal;
- limitation de la concurrence en matière de service et de prix.

Ordonnance par consentement

- Les parties intimées ont été tenues de modifier le règlement d'Interac de façon :
  - — à éliminer les restrictions à l'adhésion d'autres institutions financières;
  - — à permettre l'accès indirect à d'autres entités commerciales;
  - — à modifier la gestion d'Interac en ce qui a trait à la composition de son conseil d'administration;
  - — à changer les pratiques d'établissement des prix ainsi que les procédures d'approbation entourant la création de nouveaux services de réseau.

CANYPS (Pages Jaunes canadiennes)

Principaux faits

Marché du produit :	publicité nationale dans les Pages Jaunes
Marché géographique :	Canada
Part de marché :	90 p. 100
Date du dépôt de la demande :	septembre 1994
Date de l'ordonnance :	novembre 1994

Agissements anticoncurrentiels

- Restrictions touchant la vente de publicité nationale selon la règle appelée « règle du siège social », qui obligeaient les clients à s'entendre avec l'éditeur desservant la province où se trouvait son siège social au sujet de toute publicité nationale dans les Pages Jaunes.

« Ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence »

- Le Bureau a fait valoir que les ententes conclues entre les membres de CANYPS les empêchaient de se faire concurrence entre eux et empêchaient des représentants indépendants d'avoir accès au marché.
- Les parties intimées contrôlaient 90 p. 100 du marché.

Ordonnance par consentement

- Le Tribunal a interdit aux parties intimées :
  - — de continuer à appliquer la règle du siège social;
  - — de continuer à appliquer des accords d'exclusivité;
  - — de refuser de faire affaire avec des sociétés vendeuses;
  - — de faire de la discrimination entre les sociétés vendeuses;
  - — de refuser d'accorder une licence qui permettrait aux sociétés vendeuses d'utiliser les marques de commerce des Pages Jaunes;
  - — de s'entendre sur les commissions ou sur les critères d'admissibilité s'y rapportant;
  - — de refuser aux sociétés vendeuses l'accès aux taux et aux autres données publiés par CANYPS.
- Les parties intimées ont été sommées de fournir au Bureau : a) le procès-verbal de toutes les réunions de CANYPS jusqu'en juillet 1998 et b) l'accord type d'utilisation sous licence des marques de commerce.